جامعة الحقوق والاقتصاد والتصرّف
كليّة الحقوق والعلوم السياسيّة بتونس

العَمل التّجاريّ:
تجاريّة العَمَل

أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص

أعدّها ودافع عنها : عبد الرزاق جاجان

الأستاذ المُشرف : الدكتورمحمد الهادي الأخوة

جرت المناقشة علناً يوم الجمعة المصادف 1999/7/23 في الساعة التاسعة أمام اللّجنة المتكوّنة من الأساتذة :

1 - الأستاذ ، الدكتور محمد العربي هاشم رئيسا
2 - الأستاذ ، الدكتور محمد الهادي الأخوة عضوا
3 - الأستاذ ، الدكتور نذير بن عمر عضوا
4 - الأستاذ ، الدكتور بشير بلحاج يحيى عضوا
5 - الأستاذ ، الدكتور أحمد عمران عضوا

السنة الجامعيّة 1998 - 1999

الأفكار الواردة بهذه الأطروحة لا تعبّر بالضرورة عن الآراء والاتجاهات التي تتبنّاها الكليّة ، وإنّما هي خاصّة بمعدّها .

الإهـــداء

- إلـــى أبـــي الروحـــي
- إلـــــى روح أبـــــي
- إلـــى والدتـــي وزوجتـــي
- إلـــى إخوتـــي وأصدقائـــي
- إلى الشموع التي تحترق لتنير درب الحياة :

١ - المجاهدين
٢ - المعلمين
٣ - كل من يعمل بإخلاص ويحب الوطن

عبد الرزاق عمر جاجان الز

كلمة شكر

- أتوجّه بالشكر الجزيل والامتنان إلى أستاذي المشرف الدكتور محمد الهادي الأخوة، لتفضّله بقبول الإشراف على هذا العمل ، ولما حبَاني به من إحاطة ومتابعة طيلة مراحل البحث .

- كما أتقدّم بالشكر إلى جامعتيّ حلب وتونس، لما لقيته منهما من رعاية، مكّنتني من متابعة دراستي العليا والمساهمة في البحث العلمي.

- ولا يفوتني ايضًا أن اشكر كل من قدّم لي عونًا أو أسدى لي مساعدة أو تسهيلات لإنجاز هذه الرسالة .

أهـمّ المختصرات والرمـوز

ج.	: جزء
ط.	: طبعة
ف.	: فصل
ص.	: صفحة (صفحات)
قا.	: قانون
قر.	: قرار
م.ت.	: المجلة التجاريّة
م.ش.	: مجلة الشغل التونسيّة
م.ج.	: المجلة الجنائية التونسيّة
م.إ.ع.	: مجلة الإلتزامات والعقود
م.أ.ش.	: مجلة الأحوال الشخصيّة
م.ت.ب.	: المجلة التجاريّة البحريّة
م.تح.تو	: مجلة التحكيم التونسيّة
م.م.م.ت.	: مجلة المرافعات المدنية والتجاريّة
تع.مد.	: قرار تعقيبي مدني
تع.جز	: قرار تعقيبي جزائي
ن.مح.تع	: نشرية محكمة التعقيب
رائد.رسمي	: الرّائد الرسمي للجمهوريّة التونسيّة
مج.قا.تو (R.J.L.)	: مجلة القضاء والتشريع
مج.قا.تو (R.T.D)	: المجلة القانونيّة التونسيّة
أح.قا.تو(A.J.T.)	: الأحداث القانونيّة التونسية
مج.قر.إدارية	: مجموعة قرارات المحكمة الإداريّة التونسيّة
(م.ف.ق.ت.)	: مصنف فقه القضاء التّجاري التّونسي
م.ن.ت.ت.	: مجموعة النصوص المتعلقة بالتّنظيم التّجاري بتونس
وما ب	: وما بعدها (وترد عادة بعد رقم صفحة)

Al.	: Alinéa
Art.	: Article
art. préc.	: article précité
B.C.C.	: Bulletin des arrêts de la cour de cassation
Cass.	: Arrêt de la cour de cassation
C. civ.	: Code civil
C. comm.	: Code de commerce
C. soc.	: Code des sociétés
C.E.E.	: Communauté économique européene
C.E.R.P.	: Centre d'études de recherches et de publications
Cf.	: Confrontez
CH.	: Chambre
Chr.	: Chronique
Concl.	: Conclusion
D.	: Dalloz
D.A.	: Dalloz Analytique
D.H.	: Dalloz Hebdomadaire
D.P.	: Dalloz Périodique
Doct.	: Doctrine
Dr.	: Droit
Econ.	: Economique
Ed.	: Edition
Ency.	: Encyclopédie
et La (et Alii)	: et autres
et suiv.	: et suivant
F.	: Français
Fac.	: Faculté
Fasc.	: Fascicule
G.A.D.A.	: Grands arrêts du droit des affaires
G.A.J.A.	: Grands Arrêts de Jurisprudence Administrative
G.A.J.C.	: Grands arrêts de Jurisprudence Commerciale
Ibid.	: Ibidem (au même endroit)
J.c.com.	: Juris classeur commercial
J.C.P.	: Juris Classeur périodique
Jurid.	: Juridique
N° (s)	: Numéro(s)
Notam.	: notamment
obs.	: Observation
op.cit.	: Ouvrage cité (Opere Citato)
Pol.	: Pollitique
P. (PP.)	: Page (Pages)
Rec.	: Recueil
Req.	: Chambre des Requêtes
R.T.D.Com.	: Revue Trimestrielle de Droit commercial
S.	: Recueil Sirey
Scien.	: Science
s.d.	: sans date
Soc.	: Sociale (Société)
T.	: Tome
Trib.	: Tribunal
Tun.	: Tunis - Tunisien
Univ.	: Université
Vol.	: Volume

مخطّط البحث

- المقدّمـــة .

* الجزء الأول : تجاريّة الأنشطة الرّئيسة.

- البـــاب الأول : الحِرَف التجاريّـــة.

- الفصل الأول : تجاريّة الحِرفة.
- الفصل الثاني : طوائف الحِرف التجاريّة.

- الباب الثاني : المؤسّسات التجاريّة.

- الفصل الأول : المؤسّسات التّجارية الخاصّة.
- الفصل الثاني : المؤسّسات التّجارية العموميّة.

* الجزء الثاني : تجاريّة غير الأنشطة الرئيسة.

- الباب الأول : الأعمال التجاريّة المنفردة.

- الفصل الأول : تجاريّة السندات القابلة للتداول.
- الفصل الثاني : تجاريّة الصفقات.

- الباب الثاني : الأعمال التجاريّة بالتبعيّة.

- الفصل الأول : التجاريّة بالتبعيّة الشخصيّة.
- الفصل الثاني : التجاريّة بالتبعيّة الموضوعيّة.

- الخـــاتمـــــة .

بسم الله الرحمن الرحيم

المُقَدِّمَـــة

المقدمة :

تنشأ الالتزامات عموماً عن الأعمال القانونيّة Les actes juridiques، أو الأحداث القانونية Les faits juridiques.

والعمل القانوني هو : «عمل إرادي يهدف إلى إحداث أثر قانوني معيّن، يريد من خلاله الشّخص وقوع الفعل، كما يريد أن تنجرّ عن ذلك الفعل آثار معيّنة» [1] . ويعبّر عن العمل القانوني أيضاً بالتصرّف القانوني .

«ولمّا كانت الإرادة هي محرّك التصرّفات القانونيّة ، تَعيّن أنّ تُصنّف هذه التصرّفات حسب صدورها من إرادة واحدة أو من إرادتين (أو أكثر)، وعلى ذلك يتعيّن التّمييز بين التصرّفات القانونيّة الأحادية (كالوصية) والتصرّفات القانونيّة الثنائيّة (كالعقد)» [2] .

أمّا الحدث القانوني فهو أمر يُرتّب عليه القانون أثرًا بغضّ النّظر عن دور الإرادة في حصول ذلك الأثر، ويطلق عليه كذلك (الواقعة القانونيّة) . كالإثراء بدون سبب ، والفضالة ، ودفع ما لا يلزم ، والجُنح [3] .

وتنقسم الأعمال القانونيّة من حيث نوعيتها إلى أعمال مدنية وأعمال تجاريّة :

- الأعمال القانونيّة المدنيّة هي الّتي تخضع للقانون المدني ، وهو الأصل الّذي تنتمي إليه كلّ فروع القانون الخاصّ .

- أمّا الأعمال التجاريّة فتخضع للقانون التّجاري ، الذي تفرّع واستقلّ عن القانون المدني ، وهذه الأعمال لا تخضع للقانون المدني إلا في

---

(1) - محمد الزين ، النظريّة العامّة للالتزامات ، ج. 1 (العقد) ، مطبعة الوفاء ، تونس، 1993 ، ص 31 .

(2) - محمد وحيد الدين سوار ، شرح القانون المدني (النظريّة العامة للالتزام)، ج. 1 (مصادر الالتزام)، مديريّة الكتب الجامعيّة بجامعة دمشق، دمشق 1986-1987، ص 36 وما ب .

(3) - محمد الزين ، نفس المرجع ، ص 37 .

- Cf., Jean HAUSER, Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique, Thèse pour le Doctorat , Fac. Dr. Scien. Econ., Univ. Paris, 1969, L.G.D.J. Paris, 1971, p. 25 et suiv.

الأمور الّتي لم ينظّمها القانون التّجاري [1] .

«ويعود السّبب الأول في انفصال القانون التّجاري عن القانون المدني إلى ما تمتاز به المعاملات التجاريّة - بالنّسبة إلى بقيّة المعاملات - من طبيعة مختلفة تقوم على التّبسيط والمرونة والسّرعة والثّقة التجاريّة ، ممّا يستوجب إيجاد قواعد خاصّة بها ، تراعى فيها هذه الاعتبارات»[2] .

الفقـرة الأولـى : تاريـخ التجـارة والقانـون التجـاري

تطوّر القانون التّجاري متماشياً مع تطوّر النّشاط التّجاري ، إذ وُجِدَتْ التّجارة منذ أقدم العصور على شكل مقايضة ، ثمّ أصبحت بعض السّلع أساس التّبادل التّجاري ، إلى أن حلّت المعادن والنّقود محلّها كواسطة في التّعامل .

وقد كانت التّجارة بمفهومها البسيط تبادلاً للمنافع ، سعياً للحصول على أساسيات الحياة الّتي لم يعد الانسان قادراً على تحقيقها دون الاستعانة بالآخرين، فظهرت فكرة التّخصيص ، واهتمّ بعض الأفراد بالنّشاط التّجاري كحِرفة لهم ، فتكوّنت طبقة التجّار لتلعب دور الوسيط بين المنتج والمستهلك، وتزايد دورها في التّأثير على الحياة السياسيّة من جهة ، وعلى التواصل بين الحضارات من جهة أخرى .

وظهرت أعراف وعادات خاصّة بالتجّار ، قُنّنت فيما بعد لتكوّن قانوناً مستقلاً له خصوصيته [3] ويطبّق على النشاط التّجاري.

---

(1) - بعض التّشريعات لا تفرّق بين الأعمال القانونيّة في الميدان الخاصّ، وتخضعها جميعًا للقانون المدني، كالقانون الإيطالي والقانون السّويسري .

(2) - هشام القاسم ، المدخل إلى علم القانون ، مديرية الكتب الجامعيّة بجامعة دمشق ، 1986-1987، ص 100.

- Cf., Antoine PIROVANO, Introduction critique au Droit commercial contemporain, R.T.D. Com. Econ., 1985, p. 222 et suiv.
- Cf., Henri Burin DES ROZIERS, La distinction du Droit civil et du Droit commercial et le Droit anglais, Thèse de Doctorat, Fac. Dr. Scien. Econ., Univ. Paris, 1957, L.G.D.J., Paris, 1959, p. 3 et suiv.

(3) - Cf., D. LEFEBRE, La spécificité du Droit commercial (Réflexion sur place tenue...), R.T.D. Com. 1976, p. 286 et suiv.

ويقسّم الشرّاح المراحل التاريخيّة للتّقنين التّجاري - تسهيلاً لدراستها - إلى ثلاثة عصور (القديم .I. والوسيط .II. والحديث .III.) [1].

I - العصـــر القديـــم :

«لم يظهر القانون التّجاري كقانون يتمتّع بكيان مستقلّ إلاّ في عهد قريب ، غير أنّنا نعثر لدى الشّعوب القديمة والحضارات السّابقة على بعض القواعد التجاريّة الّتي لاتزال معمولاً بها حتى الآن »[2] .

ويقول الأستاذ براستد : «كانت تجارة هذا العصر طبعاً بسيطة، لأنّ المعادن والنّقود لم تكن قد عُرفت بعد ، فكان البيع والشّراء يتمّ بطريق المقايضة سلعة بسلعة ...» [3].

- المصريّـــون :

كان اهتمام المصريّين متركّزاً على الزراعة ، وتركوا التّجارة للأجانب من اليهود والكلدانيين[4]. ورغم ذلك فقد كانت لهم تجارة واسعة مع البلدان المجاورة.

وقد أصدر احد ملوكهم، في القرن السّابع قبل الميلاد، ويدعى بوخريس (BOCCHRIS) قانوناً تضمّن قواعد صارمة بالنّسبة للقرض بفائدة [5] .

- البابليّـــون :

ازدهر النّشاط التّجاري في بلاد ما بين النّهرين بين المدينة والرّيف ، فالفلاحون يجلبون منتوجاتهم إلى المدينة ويعودون بالسّلع المنتجة بواسطة الحرفيّين، واحترف البعض الوساطة في تداول السّلع ، وكانت أولى الإرهاصات

---

(1) - علي حسن يونس ، القانون التّجاري (ستة أجزاء)، دار الفكر العربي ، القاهرة، ج. 1 (نظريّة العمل التّجاري والتّاجر) ، 1979 ، ص 18 .

(2) - نادية فُضيل ، القانون التّجاري الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعيّة ، الجزائر ، 1996 ، ص 19.

(3) - جايمس هنري براستد ، العصور القديمة ، ترجمة داود قربان ، مؤسسة عزّ الدين للطباعة والنشر ، بيروت ، 1983 ، ص 35.

(4) - Cf., J. HAMEL et G. LAGARDE, Traité de Droit commercial, T. 1, Librairie DALLOZ, Paris, 1954, p. 18.

(5) - نادية فُضيل ، نفس المرجع ، ص 20 .

لوضع قواعد خاصّة بالنّشاط التّجاري في قانون حمورابي Code d'Hammourabi [1] ، الّذي اشتمل على قواعد تجاريّة هامّة، كتلك القواعد الخاصّة بعقد الشّركة وعقد الوديعة والقرض بفائدة[2] والوكالة بالعمولة[3].

«تُشكّل قوانين حمورابي (ملك بابل الذي حكم ما بين عام 1792 وعام 1750 قبل الميلاد) أول مجموعة شاملة من النّصوص القانونيّة الّتي وصلتنا من الشّرق الأدنى القديم . لكنّها ليست أقدم قوانين باقية ...»[4].

فقد عرف الشّعب البابلي عمليات البنوك والرّهن الحيازي وعقود الخدمات ، وهذا ما ورد في وثائق قديمة هي Les briques de Warka الّتي تعود إلى سنة 2000 قبل الميلاد[5].

«وكانت بلاد الرافدين تفتقر إلى المعادن أيضاً، ولذلك نجد تجّارها يسافرون إلى ما وراء جبال طوروس في بحثهم عن النّحاس والرّصاص والحديد والذّهب...»[6].

---

(1) – انظر ، هاني محمد دويدار ، القانون التّجاري اللّبناني (جزءان) ، ج. 1 (الأعمال التجاريّة – التاجر – المؤسّسة التجاريّة – الشّركات التجاريّة) ، دار النّهضة العربية للطّباعة والنّشر، بيروت ، 1995 ، ص 8 .

(2) – انظر ، عيد مرعي ، التّاجر ونشاطاته في العصر البابلي القديم ، مجلّة دراسات تاريخيّة، مجلة علمية فصلية تصدر عن جامعة دمشق ، السنة السّابعة، العددان 23 و24 ، 1986 ، ص 142 وما ب .

(3) – انظر ، البرشت فويتزي A. GOETZE وآخرون ، شريعة حمورابي وأصل التّشريع في الشّرق القديم ، ترجمة أسامة سراس ، ط. 1 ، العربي للطّباعة والنّشر والتّوزيع ، دمشق ، 1988 ، ص 95 وما ب.

(4) – نفس المرجع ، ص 9.

– انظر بنفس المعنى ، عبد الحكيم الذّنون ، التّشريعات البابلية، ط. 1 ، دار علاء الدّين ، دمشق، 1992 ، ص 8 وما ب.

(5) – نادية فُضيل ، مرجع سابق ، ص 20 .

(6) – جورج كونتينو ، الحياة اليوميّة في بلاد بابل وأشور ، ترجمة سليم طه التكريتي ، ط.2، وزارة الثقافة والإعلام العراقيّة ، بغداد ، 1986 ، ص 151 .

وكانت النّساء تتعاطين الأعمال التجاريّة لحسابهنّ الخاصّ بصورة مستقلّة تماماً [1].

- الفينيقيّون :

ظهر أثر الفينيقيّين في التّجارة البحريّة ، ووضعوا قواعد خاصّة بنظام الخسائر البحريّة المشتركة المعروف حالياً ، والذي بمقتضاه يتحمّل أصحاب البضائع – إذا أُلقيت بعضها في البحر تخفيفاً لحمولة السّفينة إذا ما هدّدها خطر – نسبة من هذه الخسائر عن طريق تعويض أصحاب البضائع المُلقاة[2] .

كما أسّس الفينيقيّون مستعمرات تجاريّة كقرطاج ورودس[3].

- الإغريـــق :

سيطر الإغريق على التّجارة البحريّة، ووضعوا نظاماً خاصّاً للقرض البحري،الذي أصبح أساساً لعقد القرض الجزافي ، ويقضي هذا النّظام بأن يقرض شخص لمالك السّفينة مبلغاً من المال لتجهيزها أو لشراء البضائع ، فإذا وصلت السفينة إلى الميناء سالمة، كان للمقرض استيفاء مبلغ القرض مع فائدة مرتفعة ، أمّا إذا هلكت السفينة فيتحمّل هذه المخاطر ويخسر مبلغ القرض [4].

ويرى البعض أنّ هذا النّظام هو أصل نظام التّأمين الحديث[5].

---

(1) – جايمس هنري براستد ، مرجع سابق ، ص 142 .

(2) – علي البارودي ، القانون التجاري ، مُنشاة المعارف ، الاسكندرية ، 1986 ، ص 19.

– انظر أيضاً ، نادية فُضيل ، مرجع سابق ، ص 21 .

(3) – الياس ناصيف ، الكامل في قانون التّجارة (أربعة أجزاء) ، ج. 1 ، ط. 2 ، منشورات البحر المتوسّط ومنشورات عويدات ، بيروت – باريس ، 1985 ، ص 9 .

– انظر أيضاً ، جايمس هنري براستد ، مرجع سابق ، ص 290 .

(4) – انظر ، نادية فُضيل ، مرجع سابق ، ص 21 .

(5) – انظر ، فوزي عطوي ، القانون التّجاري ، ط. 1 ، دار العلوم العربيّة للطّباعة والنّشر ، بيروت ، 1986 ، ص 49.

- الرّومـــان :

ترك الرّومان التّجارة للعبيد والأجانب واعتبروها مهنةً لا تليق بهم ، ونتيجة للتوسّع في غزو الشّعوب المجاورة ، ظهرت الحاجة للإتجار مع الأجانب، وضرورة وضع أنظمة قانونيّة تحكم هذه العلاقات الجديدة . فأدّى الأمر إلى خلق ما يسمّى بقانون الشّعوب Le jus jentium [1] ، الّذي اختلف كثيراً عن القانون المدني Le jus civile الّذي كان يحكم العلاقات بين الرّومان [2] . حيث تخلّص قانون الشّعوب من جلّ التّعقيدات والشّكليات ، فكان أكثر مرونة من القانون المدني وأكثر مُلاءمة لمقتضيات التّجارة [3].

وقد عرف الرّومان نظام البنوك ونظام المحاسبة ومسك الدّفاتر ونظام الرّمي في البحر وعقد القرض البحري ، كما عرفوا فكرة الإفلاس. واستعملوا وسيلة الإكراه البدني لحمل المدين على الوفاء بديونه [4] .

ورغم ظهور الكثير من القواعد التجاريّة المستقلة ، فإنّ السّمة العامّة للقانون التّجاري في العصر القديم هي أنّه لم يكن له كيان مستقلّ، ولم تظهر معالمه بصورة بارزة إلاّ في العصر الوسيط .

II -العصـــر الوسيـــط :

أصيبت التّجارة بالرّكود لحقبة طويلة ، بعد سقوط الامبراطوريّة الرومانيّة على أيدي القبائل الجرمانيّة في القرن الخامس الميلادي ، غير أنّ الحركة التجاريّة عادت وشهدت ازدهاراً عظيماً على يد العرب خصوصاً [5].

---

(1) – انظر ، فلافيوس جوستنيان ، مدوّنة جوستنيان في الفقه الرّوماني ، ترجمة عبد العزيز فهمي، عالم الكتب ، بيروت ، 1946 ، ص 6 و7 .

(2) – نادية فُضيل ، مرجع سابق ، ص 22 .

(3) – Cf., J. HAMEL et G. LAGARDE, Op. Cit., pp. 20 , 21.
- محمد حسن الجبر ، القانون التّجاري السّعودي ، جامعة الملك سعود ، الرّياض، ط.1 ، 1982، ص 13.

(4) – انظر ، نادية فُضيل ، نفس المرجع ، ص 23 .

(5) – فوزي عطوي ، مرجع سابق ، ص 51 .

- العـــرب :

مارس العرب التّجارة في الجاهليّة وكانت من أهمّ موارد الدّخل عندهم[1]، وقد اشتهرت بعض القبائل بذلك ، كقبيلة قريش الّتي ثبت عنها تعاطي التّجارة مع اليمن وبلاد الشّام [2] .

وابتداءً من القرن السّابع الميلادي برز شأن العرب في الميدان التّجاري وتعاطوا التّجارة على نطاق واسع مع الأمم المجاورة ، وعرفوا أنواعاً متعدّدة من البيوع، منها بيع النسيئة وبيع الملامسة وبيع الضّمان، والكثير من العقود كعقد القرض وعقد الرّهن [3] .

كما عرفوا الكثير من المؤسّسات التجاريّة كالكمبيالة وشركات الأشخاص، ومايزال الكثير من المصطلحات العربيّة مستخدماً بالميدان التّجاري في غيرها من اللّغات، مثل (Magasin : مخزن، Quirat : قيراط، Cable : حبل، Amiral : أمير البحر، Avarie : عوار) [4].

ثم جاءت الشّريعة الاسلاميّة لتدعم مكانة التّجارة [5] . ولتكرّس المبادئ والقواعد الّتي تحكم هذا النّشاط ، كمبدأ حرّية التّجارة، فكانت حرّية مطلقة لا يقيّدها إلا مقياس الحلال والحرام ، من ذلك ما جاء في قوله تعالى « ...وأحَلّ اللّهُ البَيْعَ وحَرّمَ الرّبَا... » [6].

---

(1) – أندريه ميكيل ، الإسلام وحضارته ، ترجمة زينب عبد العزيز ، منشورات المكتبة العصريّة، بيروت ، 1981 ، ص 46 .

(2) – سورة قريش ، الآية (2) .

(3) – رزق الله انطاكي ، الوسيط في الحقوق التجاريّة البرّية ، ج. 1 ، مديرية الكتب بجامعة دمشق ، دمشق ، 1983–1984 ، ص 9 ، 10.

(4) – فوزي محمد سامي ، شرح القانون التّجاري الأردني (خمسة أجزاء) ، مكتبة دار الثقافة للنّشر والتّوزيع، عمّان ، ج. 1 (الأعمال التجاريّة ، التاجر، المتجر ، العقود التجاريّة)، ط. 1، 1993 ، ص 10.

(5) – قال تعالى : «يَا أيّهَا الّذِينَ آمَنُوا لا تأكُلوا أمْوَالكم بَيْنَكُم بِالبَاطِلِ إلاّ أنْ تَكُون تِجَارَة عَنْ تَرَاضٍ مِنكُمْ...».

– سورة النّساء ، الآية 29 .

(6) – سورة البقرة ، الآية 275 .

وقد شجّع الرّسول ﷺ على الإتّجار في الكثير من الأحاديث، كقوله ﷺ : «عليكم بالتّجارة فإنّ فيها تسعة أعشار الرزق». كما حثّ على حسن الأخلاق في المتاجرة بقوله : «التّاجر الأمين الصّدوق مع النبيّين والصدّيقين والشّهداء والصّالحين». وقوله أيضاً : «إنّ المُحتكر في سوقنا كالمُلحِد في كتاب الله»[1].

واشتغل الرّسول ﷺ بتجارة لزوجته خديجة (رضي الله عنها)، وكان الكثير من الصّحابة يشتغلون أيضاً بالتّجارة.

تميّز النّظام الإسلامي بالطّابع الرّضائي للعقود وحرّية الإثبات التّجاري[2] . وكانت الأسواق الإسلاميّة منظّمة ، ولكلّ حِرفة شيخها وأعرافها، وعُرف نظام الإفلاس إلاّ أنّه كان يطبّق على التجّار وغيرهم [3].

وكان الخلفاء يُولُون الأسواق أهميّة بالغة ويعنون بتنظيمها، ويعهدون إلى المحتسب بمراقبتها والإشراف على الموازين والمكاييل ومنع الغش [4].

---

(1) – عبد السّميع المصري ، التّجارة في الإسلام ، المكتبة الانكلومصرية، 1975 ، ص 6 وما ب.
– انظر ، محمد الربعي القزويني (ابن ماجة) ، سنن ابن ماجه (جزءان) ، طبعة عيسى البابي الحلبي ، القاهرة ، 1952 (تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي) ، ج. 2، كتاب التجارات ، ص 724 و728 و749.

(2) – «يا أيّها الّذينَ آمَنُوا إذا تَدَايَنْتُم بدينٍ إلَى أجل مُسَمًّى فَاكْتُبُوه ... إلاّ أنْ تكُون تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُم فَلَيْسَ عَلَيْكم جُنَاحٌ إلا تكتبُوهَا ...».
– سورة البقرة ، الآية 282.

(3) – انظر ، محمود الشربيني ، الشّريعة الاسلاميّة أصل النظريات القانونيّة ، قت. ديسمبر 1981 ، ص 35.

(4) – انظر ، عبد العزيز الدّوري ، مقدّمة في التّاريخ الاقتصادي العربي ، (الناشر غير معروف) ، بيروت، 1968 ، ص 69 .
– أيضاً ، محمد ابراهيم الصّيحى ، التّجارة والاقتصاد عند العرب ، مكتبة الوعي العربي ، 1969 ، ص 38.

وقد وصلت قوافل العرب إلى الصّين والهند وروسيا وشمال غرب أوربّة، وجابت سفنهم البحار [1]. ومن أشهر الطّرق العالميّة الّتي ربطت العالم الإسلامي (طريق الحرير) الشّهير بين بغداد والصّين [2] .

هذا الازدهار للتّجارة الاسلاميّة كان سببًا في تحريك الأحقاد، ونتج عن ذلك قيام الحروب الصّليبية المتتالية، الّتي ساهمت بالنّتيجة في تبادل العادات والأعراف التجاريّة بين الشّرق والغرب [3]. وتوطّدت الرّوابط بينهما وتوثّقت العلاقات التجاريّة، وزاد تبادل المنتجات والاتّصال بين دول حوض البحر المتوسّط وبين دول أوربة فيما بينها [4].

- الغـــرب :

بقيتْ تجارة العرب مزدهرة وقويّة حتى أواخر القرن الحادي عشر الميلادي، إذ انتعشت التّجارة في أوربّة ، وظهر مركزان حضاريّان هامّان :

- الأول في إيطاليا حيث برزت بعض المدن والموانئ، مثل بيزا والبندقية وجنوة وأمالفي وفلورنسا .

- والثاني في هولندا وخاصة مدن امستردام وانفيرس [5].

نتيجة لهذه النّهضة التجاريّة بدأت نواة القانون التّجاري تتشكل ، فقد كانت تُقام بالمدن أسواق موسميّة، أصبحت تدريجيًا منتظمة وتحوّلت من أسواق دورية إلى أسواق دائمة وكانت بمثابة أسواق عالمية، وأصبح التجّار هم أصحاب النّفوذ والثّراء والسّلطان .

---

(1) - آدم متز ، الحضارة الإسلاميّة في القرن الرّابع الهجري أو عصر النّهضة في الإسلام ، ترجمة محمد عبد الهادي أبو ريدة ، المجلّد الثاني ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، (طبعة غير مؤرّخة)، ص 371.

(2) - عبد السّميع المصري ، مرجع سابق ، ص 10.

(3) - الحسين عبد القادر ، محاضرات في القانون التّجاري (لطلبة السنة الثالثة)، كلية العلوم القانونيّة بفاس ، السنة الجامعيّة 1988 - 1989 ، ص 13.

(4) - حافظ محمد إبراهيم ، القانون التّجاري ، مكتبة القاهرة الحديثة ، القاهرة ، 1950، ص 8.

(5) - الحسين عبد القادر ، نفس المرجع ، ص 12 ، 13.

«وكان لظهور الأسواق الدوريّة الكبرى - وأهمّها أسواق شمبانيا وليون بفرنسا وفرانكفورت وليبزج بألمانيا - الفضل في إقامة العديد من العادات والقواعد القانونيّة التجاريّة ، ولقد تكوّن من مجموع هذه العادات والقواعد قانون عرفي ذو طابع دولي ، تميّزت قواعده بالسّرعة ودعم الائتمان...»[1].

يقول الأستاذ الأسيوطي : «وهكذا ظهر قانون جديد على يد البرجوازية - أي سكّان المدن أو البرج burg من التجّار - في صورة (قانون التجّار jus mercatorum) ، حقاً تخلّص من شكليّات القرون الوسطى ، ولكن اتّسم بالرّوح الطبقيّة...»[2] .

فقد تكوّنت للتجّار نقابات قويّة، استطاعت السّيطرة على السّلطة السياسيّة [3]. وانتشرت بسرعة خلال القرنين الحادي عشر والثاني عشر، واختصّت كلّ طائفة بأبناء حرفة معيّنة ، وكان من أهمّ الطّوائف وأقواها طائفة تجّار النّسيج في فلورنسا، الّذين سيطروا على صناعة النّسيج وحوّلوا صغار الصنّاع إلى عمّال ينتجون لحسابهم [4].

وكان يرأس كلّ طائفة من التجّار قنصل منتخب، يتولّى الفصل في النّزاعات التجاريّة الّتي تثور بين أعضاء الطّائفة ، وذلك وفقاً للعادات

---

(1) - سعيد يحيى ، الوجيز في النّظام التّجاري السّعودي (النّشاط التّجاري ، الشركات التجاريّة، المحلّ التّجاري ، الأوراق التجاريّة)، المكتب المصري الحديث للطّباعة والنّشر ، الاسكندريّة ، 1976 ، ص 18 .

- Cf., Jean HILAIRE, Introduction historique au droit commercial, P.U.F. Paris, 1986, pp. 26 , 27 , 31.

(2) - ثروت أنيس الأسيوطي ، الصّراع الطّبقي وقانون التجّار (دراسة تاريخيّة فلسفيّة)، دار النّهضة العربيّة ، القاهرة ، 1985 ، ص 52.

(3) - محمّد توفيق سعودي ، القانون التّجاري ، ج. 1 (الأعمال التجاريّة ، التّاجر ، المحلّ التّجاري...) ، مطابع سجلّ العرب ، القاهرة . 1993 ، ص 18 .

(4)- ثروت أنيس الأسيوطي ، نفس المرجع ، ص 38 .

والأعراف المستقرّة فيما بينهم [1] .

وقد ساهمت الكنيسة في تطوير القانون التّجاري ، حيث حرّمت القرض بفائدة ، فنشأ نظام المقارضة .

إلاّ أنّ القانون التّجاري بقي في القرون الوسطى عرفياً وطائفياً وله الطّابع الدّولي ، حيث نشأت الأعراف الموحّدة بين الدّول المتبادِلة للتّجارة [2] .

III - العصر الحديث :

كان للأحداث الجغرافيّة والاقتصاديّة والسياسيّة الّتي حصلت خلال القرنين الخامس عشر والسّادس عشر أثرها في تطوير التّجارة والتّشريع التّجاري ، وأهمّ هذه الأحداث اكتشاف القارة الأمريكيّة ورأس الرّجاء الصّالح، وفتح القسطنطينيّة من قبل العثمانيين .

هذا ما كان حافزًا للتّوسّع الاستعماري ونموّ الرأسماليّة التجاريّة. فقد تحوّل مركز الحركة التجاريّة من حوض البحر المتوسّط إلى الموانئ الواقعة على المحيط الأطلسي ، كموانئ اسبانيا والبرتغال وانكلترا وهولندا وفرنسا ، وتنافست الدّول على انشاء المستعمرات وتسابقت من أجل السّيطرة على ثرواتها، عن طريق إنشاء شركات رأسماليّة كبيرة ، كشركة الهند الشرقيّة وشركة خليج هدسن [3].

---

(1) – محمد أخياط ، النظريّة العامّة للقانون التّجاري ، محاضرات ألقيت بكلية العلوم القانونيّة والاقتصاديّة والاجتماعيّة بوَجْدة ، جامعة محمد الأول ، ط. 1 ، السنة الجامعيّة 1991-1992 ، ص 21 .

(2) – سعيد يحيى ، الوجيز في القانون التّجاري ، ج. 1 ، المكتب العربي الحديث ، الاسكندرية ، 1980، ص 20 و21 .

– انظر ، علي البارودي ، العُرف التّجاري (مكانته ودور القضاء والفقه في احترامه وتطويره)، قت. ماي 1987 ، ص 53 وماب.

- Cf., HAMEL et LAGARD, Op. Cit., p. 24 et sulv.

(3) – انظر، عزيز العكيلي ، القانون التّجاري ، مكتبة دار الثّقافة للنّشر والتّوزيع ، عمّان ، 1996 ، ص 29 ، 30 .

– أيضاً ، علي لطفي ، التطوّر الاقتصادي ، مكتبة عين شمس ، القاهرة ، 1971 ، ص 139 .

سيطرت هذه الشّركات على القوّة السياسيّة ، وارتكبت الكثير من الأعمال غير الأخلاقيّة ، ممّا حدا بالمشرّع – في ظلّ نشوء نظام الدّولة والسّلطة المركزية القويّة – إلى التدخّل للحدّ من أعمال هذه الشّركات [1].

وبسبب تدفّق الكمّيات الهائلة من الذّهب والفضّة من أمريكا إلى الأسواق الأوروبيّة انخفضت قيمة المعادن الثّمينة، وبالتّالي أقبل أصحاب الأموال على الإيداع في البنوك بدلاً من اكتنازها [2] . ممّا أدّى لتنشيطها وخاصّة عندما فتحت أبوابها لإقراض الدّول بواسطة الصّكوك القابلة للتّداول ، فكانت أسواق الأوراق الماليّة الّتي تعتبر أصل البورصات الحديثة [3].

«كان طبيعياً أن يصاحب هذا التطوّر في التّجارة – سواء على المستوى الدّاخلي أو على المستوى الدّولي ، وما استخدم فيها من وسائل جديدة – تطوّراً في القوانين المنظّمة لها...» [4] .

وقد تمّ تدعيم قانون التجّار في فرنسا على يد الوزير البرجوازي كولبير COLBERT حيث عمّم نظام الطّوائف [5] وأقام تعديلاً تشريعيّا شاملاً، فصدرت لائحة يمكن اعتبارها أوّل تقنين تجاري[6] – وذلك بالأمر الملكي الصادر عن الملك لويس الرّابع عشر في مارس 1673 – تتعلّق بتنظيم التّجارة البرّية، واستعان المشرّع بالتّجار أنفسهم في تقنينها . وقد اعتمدت اللّجنة التي أعدّته – وكانت برئاسة شيخ التّجار «جاك سافاري J. SAVARY» – على أهمّ

---

(1) – محمود سمير الشّرقاوي ، القانون التّجاري ، دار النّهضة العربية ، القاهرة، (طبعة غير مؤرّخة)، ص 18.

(2) – سمير عالية ، الوجيز في القانون التّجاري ، ط. 1 ، المؤسّسة الجامعية للدراسات والنّشر والتّوزيع ، بيروت ، 1987 ، ص 30 .

(3) – انظر ، سعيد يحيى ، الوجيز في القانون التّجاري ، مرجع سابق ، ص 22.

(4) – عزيز العكيلي ، مرجع سابق ، ص 30 .

(5) – محمد هلال ، مذكرات في القانون التّجاري ، معهد العلوم القانونيّة والإداريّة ، جامعة الجزائر ، ديوان المطبوعات الجامعيّة ، الجزائر ، 1978 ، ص 18.

(6) - Jean HILAIRE, Op. Cit., p. 64.

الأعراف التجاريّة آنذاك [1] . ويتميّز هذا القانون بإسناد الاختصاص بالفصل في المنازعات التجاريّة إلى المحاكم القنصليّة [2] .

وفي أوت 1681 صدر أمر ملكي آخر يتعلّق بالتّجارة البحريّة [3].

وبعد الثورة الفرنسيّة تمّ إلغاء نظام الطّوائف وإعلان مبدأ حريّة التّجارة والصّناعة [4] ، وذلك بقانون صدر عام 1791 [5].

يقول الأستاذ أميل هلال : «كانت الثّورة الفرنسيّة الحدث الرّئيسي في القرن 18 ، وثاني منعطف رئيسي في التّاريخ الاقتصادي ، نسفت البنيات القديمة وأقامتْ بنيات جديدة مكانها» [6] .

بدأ التّفكير بوضع تقنين تجاري يتماشى والأفكار السّائدة، ويَعْتَمِدُ فلسَفَةً جديدةً تقوم على نزع الصّبغة الطبقيّة لهذا القانون وأساسه الشّخصي، وجعله موضوعياً يهتمّ بالأعمال التجاريّة دون الاهتمام بصفة القائم بها [7] ، فصدرت المجلّة التجاريّة الفرنسيّة في 15 سبتمبر 1807 ، الّتي لا تزال معمولاً بها رغم التّعديلات الكثيرة المُدخلة على أحكامها.

دول عدّة

وقد اقتبست عديد الدّول في تشريعاتها التجاريّة من المجلّة الفرنسيّة ومنها الدّول العربيّة [8] كمصر ولبنان [9].

---

(1) – ثروت أنيس الأسيوطي ، مرجع سابق ، ص 68 .

- Cf., G. RIPERT et R. ROBLOT , Traité de Droit commercial (3 Tomes) , T. 1, 16è. éd., L.G.D.J., Paris, 1996, p. 13.

(2) – نادية فُضيل ، مرجع سابق ، ص 28 .

(3) – شكري احمد السّباعي ، الوسيط في قانون التّجارة المغربي والمقارن (ستّة أجزاء)، ج. 1 (النظريّة العامة للتّجارة) ، دار نشر المعرفة ، الرّباط ، ط 3 ، 1988 ، ص 22 .

(4) - Cf., Françoise DREYFUS, La liberté du commerce et de l'industrie, Editions Berger-Levrault, Paris, 1973, p. 15 et suiv.

(5) – سعيد يحيى ، الوجيز في القانون التّجاري ، مرجع سابق ، ص 23 .

(6) – أميل عيسى هلال ، الموجز في مبادئ الاقتصاد السّياسي ، المجلّد الأول ، (الناشر وعاصمة النشر غير معروفين) ، 1978، ص 31 .

(7) – محمد أخياط ، مرجع سابق ، ص 22 .

(8) – الياس ناصيف ، مرجع سابق ، ج. 1 ، ص 13.

(9) – صدر القانون التّجاري المصري عام 1883 ، ونظيره اللّبناني عام 1942.

أمّا بالنّسبة لتونس فقد بقيت الشّريعة الإسلاميّة مطبقة فيها على المعاملات دون تمييز بين الميدان المدني والتّجاري ، وأقرّ مبدأ حريّة التّجارة والصّناعة في ميثاق عهدالأمان الصّادر في أفريل 1861 [1]، وتمّ تأليف لجنة لتدوين تشريع تجاري ، أنجزت لائحة تحتوي على 237 فصلاً في عام 1864 مقتبسة من القانون الفرنسي والمصري ، إلاّ أنّها لم تصدر وأُهملت لظروف تاريخيّة، انتهت بانتصاب الحماية الفرنسيّة على تونس عام 1881 [2] .

ثمّ أُحدث مجلس العرف بالأمر العليّ المؤرّخ في 12 مارس 1884 يقضي بالمسائل التجاريّة ، يرأسه شيخ المدينة ويتألّف من أمين التجّار وعشرة أعضاء ، إلاّ أنّه ليس لقراراته إلاّ نفوذ صلحي تحكيمي .

وفي عام 1906 صدرت مجلّة الالتزامات والعقود ، فنصّت على قواعد خاصّة بالتّجارة والتجّار إضافة إلى القواعد العامّة . وتلتها عدّة قوانين ونصوص تتعلّق بالميدان التّجاري [3].

«وممّا يلاحظ أنّ المحاكم التونسيّة كانت تطبّق قواعد القانون التّجاري الفرنسي عند عدم وجود نصّ قانوني تونسي (بشرط عدم تصادم تلك القواعد مع الفقه الإسلامي الّذي هو الأصل الأساسي للقانون التّونسي)» [4].

بعد الاستقلال صدرت المجلّة التجاريّة بالقانون عدد 129 المؤرّخ في 5 أكتوبر 1959 [5] ودخلت حيز التّنفيذ في غرّة جانفي 1960 ، ولا تزال معمولاً بها حتى الآن [6].

---

(1) - Abdelaziz BEN DHIA, Droit commercial et bancaire tunisien, (Fasc. 1), Institut Technique de banque, 1977-1978, p. 1.

(2) – انظر، الهادي المدني ، من تاريخ التّشريع والنّظم التجاريّة ، قت. 1970 ، ص 27.

– انظر أيضاً، نصوص لائحة القانون التّجاري، قت. 1971، الأعداد (من فيفري حتى جويلية).

– أيضاً ، الرسالة الفقهيّة التي ألّفها الشّيخ الطّاهر بن عاشور لتكون السّند في تحرير مشروع اللائحة ، قت. جويلية 1972 ، ص 25 .

(3) – من ذلك الأمر العليّ المؤرّخ في 16-7-1926 المتعلّق بالسجلّ التّجاري ، والأمر المؤرّخ في 6 سبتمبر 1956 المتعلّق بالبطاقة المهنية للمسافرين التجّار .

(4) – محمد طالب يعقوب ، محاضرات قانون تجاري تونسي ، 1949 ، ص 3، 4.

(5) – منشورة بالرّائد الرّسمي للجمهوريّة التونسيّة عدد 56 الصّادر في 3 ، 6 ، 10 ، 13 نوفمبر 1959.

(6) – انظر ، محمد الهادي خفشة ، تقديم المجلّة التجاريّة ، قت. (عدد أكتوبر 1959 ، ص ت + عدد نوفمبر 1959 ، ص 5).

الفقرة الثانية : أساس القانون التّجاري ونطاقه

لقد أبرز التطوّر التّاريخي الّذي مرّ به القانون التّجاري خلافاً فقهياً وتشريعياً ، عند محاولة تحديد الأساس الّذي يقوم عليه هذا القانون ونطاقه ، فظهرت نظريّتان : الأولى ذاتيّة Subjective والثّانية موضوعيّة Objective [1].

أ - النظريّة الذاتيّة :

بمقتضى هذه النظريّة يكون شخص التّاجر هو المحور الّذي يدور حوله القانون التّجاري ، فلا تطبّق أحكامه إلا على التجّار وبمناسبة ممارستهم لحرفتهم التجاريّة [2] ، أمّا غير التّاجر فلا يخضع للقانون التّجاري ولو قام بأعمال تجاريّة .

تعود جذور هذه النظريّة إلى نظام الطّوائف الّذي كان سائداً قبل الثّورة الفرنسيّة ، فالقانون التّجاري وفق هذه النظريّة - كما هو ملاحظ - قانون مهني يهتمّ بالتجّار [3] ، لذا فإنّ هذه النظريّة تعنى بتعريف التّاجر وتحديد الحِرف التجاريّة .

وقد ساند العديد من الفقهاء هذه النظريّة الشخصيّة، وعلى رأسهم الفقيه ريبير RIPERT الّذي عرّف القانون التّجاري بأنّه «فرع من القانون الخاصّ ينظّم العمليات القانونيّة الّتي ينجزها التجّار فيما بينهم أو مع

---

(1) - Cf., François TERRÉ , Esquisse d'une sociologie juridique de la commercialité, Aspects actuels du Droit commercial français (mélanges Roblot), L.G.D.J., Paris, 1984, p. 12.

(2) - J. HAMEL et G. LAGARDE et A. JAUFFRET, Droit commercial (2 Tomes), T. 1, 1er. vol., Dalloz, Paris, 2è éd., p. 212.

- انظر أيضاً ، عزيز العكيلي ، مرجع سابق ، ص 9 .

- وأيضاً ، سعيد يحيى ، الوجيز في القانون التّجاري ، مرجع سابق ، ص 13 وما ب.

- وأيضاً ، سمير عالية ، مرجع سابق ، ص 8 .

(3) - Cf., J. C. Com. (Vol. 1), Fasc. 35, Éd. Techniques, 1991, p. 6.
- GIVERDON , Le Droit commercial Droit des commerçants , J.C.P. 1949, Éd. G, I, p. 770.

حرفائهم وتكون متعلّقة بتجارتهم ، ولذلك يُطلق عليها الأعمال التجاريّة»[1].

وقد أخذت بعض الدّول بهذه النظريّة في تشريعاتها ، كالقانون التّجاري الألماني الصّادر في 10 ماي 1897 . وكذلك القانونان السّويسري والإيطالي منذ سنة 1942 [2] .

ب - النظريّة الموضوعيّة :

وفقاً لهذه النظريّة يكون القانون التّجاري مستنداً إلى طبيعة العمل لتحديد أساسه ونطاقه ، فإذا كان العمل تجارياً فإنّه يطبّق بقطع النّظر عن صفة الشّخص القائم بالعمل تاجراً أم غير تاجر، فهو قانون الأعمال التجاريّة [3] .

تتماشى هذه النظريّة مع مبدأ المساواة وحريّة التّجارة الّذي برز بعد الثورة الفرنسيّة ، واعتمدها الكثير من الفقهاء وعلى رأسهم (باردوسو) PARDESSUS ، (دولمار ولوبواتفا) DELAMARRE et Le POITVIN [4] ، (ليون كان ورينو) LYON - CAEN et RENAULT [5] .

ويقول الأستاذ الأسيوطي : «ما يزال الفقه إلى اليوم يبحث، هل ينبني

---

(1) - «Le Droit commercial est la partie du Droit privé relative aux opérations juridiques faites par les commerçants, soit entre eux soit avec leur clients. Ces opérations se rapportent à l'exercice du commerce, et sont dites pour cette raison de commerce».
- G. RIPERT et R. ROBLOT, Op. Cit., T.1, p. 1.
- انظر ، محمّد أخياظ ، مرجع سابق ، ص 15 .

(2) - سميحة القليوبي ، الموجز في القانون التّجاري (جزءان) ، ج. 1، دار الثقافة العربية للطّباعة، القاهرة ، ط. 1، 1972 ، ص 20 .

(3) - عزيز عبد الأمير العكيلي ، العمل التّجاري كإطار عام لنطاق القانون التّجاري الكويتي ، مجلّة الحقوق ، السنة السّادسة ، العدد الأول (مارس 1982) ، مجلّة فصلية تصدر عن كلية الحقوق بجامعة الكويت ، ص 25 وما ب.

(4) - Paul DIDIER, Droit commercial (2 Tomes),P.U.F., Paris, T. 1, (Les sources, L'entreprise individuelle), 1ère. éd., 1992, pp. 14 , 15.
- أيضاً، علي حسن يونس ، ج. 1 ، مرجع سابق ، ص 6 .

(5) - عرّف الأستاذان ليون كان ورينو القانون التّجاري بصورة تمزج بين النظريّة الموضوعيّة والشّخصيّة، وكذلك الأستاذ تالير THALLER (انطلاقاً من النصف الثّاني للقرن 19).
- Paul DIDIER, Ibid.,p. 15.
- Cf., J.C. Com., (Vol. 1), Fasc. 35, Éd. Techniques, 1991, p. 5.

القانون التّجاري على أساس شخصي أي صفة التّاجر ، أم أساس موضوعي أي نوع العمل ...»[1] .

والحقيقة إنّ لكلّ من النظريتين الشخصيّة والموضوعيّة مزاياها وعيوبها، لذا فإنّه يصعب الاكتفاء بأحدهما ، وإنّ أغلب التّشاريع التّجارية تعتمد كلتيهما وتكرّسهما معاً.

فالنظريّة الشّخصيّة : تؤدّي من جهة إلى الحدّ من حرّية التّجارة وتجعلها حكراً لطبقة معيّنة ليس من السّهل اقتحامها ، ومن جهة أخرى يكون العاملون في الميدان التّجاري أشخاصاً يعرفون أصولها وأعرافها بالتّوارث ويحافظون على سمعة هذه المهنة .

أمّا النظريّة الموضوعيّة : فهي تتماشى مع مبدأ حرّية العمل وتفتح الميدان التّجاري لجميع النّاس، إلاّ أنّ ذلك قد يؤدّي إلى تسلّل بعض الأشخاص الّذين لا يحترمون أصول التّجارة، ويخلقون الاضطرابات في هذا الميدان ويحتالون للحصول على الأموال بدون مراعاة أيّ ضوابط أو قيم .

الفقرة الثالثة : مفهوم العمل التجاري وأهميته

سواء اعتمدنا الأساس الموضوعي أو الأساس الشّخصي فلا بدّ من تحديد مفهوم الأعمال التجاريّة وتمييزها عن الأعمال الأخرى، والملاحظ أنّ مفهوم التّجارة التقليدي هو مفهوم ضيّق إذا ما قورن بما هو عليه حالياً ، فهي بهذا المفهوم تعني البيع والشّراء لغرض الرّبح . أو هي «ممارسة البيع والشّراء»[2] .

---

(1) – ثروت الأسيوطي ، مرجع سابق ، ص 77 .

(2) – جمال الدّين محمد ابن منظور، لسان العرب ، المجلّد الرّابع ، دار صادر – دار بيروت ، بيروت ، 1968 ، ص 89 .

– أيضاً ، فؤاد افرام البستاني ، مُنجد الطلاب ، ط. 3، دار المشرق، بيروت ، 1956 ، ص 53.

– أيضاً ، خليل الجرّ ، المعجم العربي الحديث ، مكتبة لاروس ، باريس ، 1987 ، ص 272.

– أيضاً ، نديم مرعشلي ، المِصباح في اللغة والعلوم ، دار الحضارة العربية ، بيروت ، 1975، ط. 1 ، ص 106 .

– أيضاً ، جبران مسعود ، معجم الرّائد ، دار العلم للملايين، بيروت ، ط. 2 ، 1967، ص 362.

– أيضاً ، إبراهيم أنيس وآخرون، المعجم الوسيط ، ج. 1 ، ط. 2، دار الأمواج للطّباعة والنّشر، بيروت ، 1987 ، ص 82 .

وقد عرّفها العلاّمة ابن خلدون في مقدّمته الشهيرة بكونها : «تنمية المال بشراء البضائع ومحاولة بيعها بأغلى من ثمن الشّراء، إمّا بانتظار حوالة الأسواق أو نقلها إلى بلد هي فيه أنفق وأغلى ، أو بيعها بالغلاء على الآجال» [1].

وساد هذا المفهوم المضيّق لفترة طويلة ، ولا يزال عند العامّة من النّاس لا يحمل أكثر من هذا المعنى [2] .

أمّا قانوناً فقد امتدّ مفهوم التّجارة إلى الكثير من مجالات الحياة الاقتصاديّة الّتي لم تكن مندرجة في هذا المفهوم، كالنّقل والتّامين والصّناعة وغيرها .

ويختلف المفهوم القانوني للتّجارة عن المفهوم الاقتصادي للكلمة ، حيث يدخل الإنتاج والتّداول في المفهوم القانوني ، في حين يختلف الأمر من النّظرة الاقتصاديّة ، حيث يعتبر الإنتاج مستبعداً من مفهوم التّجارة [3] . وينحصر النّشاط التّجاري في مجال تداول السّلع وتوزيعها ، فالصّناعة مثلاً هي تجارة بالمفهوم القانوني إذا توفّرت فيها بعض الشّروط ، في حين أنّها لا تعتبر كذلك من الوجهة الاقتصاديّة ، وهذا يعني أنّ مفهوم التّجارة القانوني أوسع ممّا هو عليه بالمفهوم الاقتصادي [4] .

كما يختلف المفهوم القانوني للتّجارة من تشريع لآخر ، فالأعمال التجاريّة في تشريع ما ليست بالضّرورة تجاريّة في غيره ، وهذا يعود أساساً إلى الخلاف الفقهي الّذي نتج عنه تعدّد النظريات وتنوّع المعايير المعتمدة لتحديد الصّفة التجاريّة للعمل. وبالتّالي فقد نتج تفاوت كبير في التّشريعات بالنّسبة لهذه المسألة.

---

(1) – عبد الرّحمان ابن خلدون ، المقدّمة ، المطبعة الخيريّة ، القاهرة ، 1886 ، ط. 1 ، ص 216.

(2) – عَرّفتْ لائحة القانون التّجاري التّونسي لعام 1864 التّجارة في فصلها الأول بأنّها : «العمل في تحريك المال من يد ليدٍ أخرى بالبيع أو الشّراء، غير الأمور الممنوعة الآن أو الّتي ستُمنع للتّحصيل على ربح، سواء غيّر الشّيء بعمل فيه أو باعه كما اشتراه أو غير ذلك من أسباب نموّ الكسب».

(3) - Nébila MEZGHANI, Cours de Droit commercial (Vol. I), 3ème année, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, année universitaire 1997-1998, p. 9.

(4) – محمد اسماعيل علم الدّين والسيد وهبة الزنفلي ومحمد فهمي عشري ، القانون التّجاري (النّاشر وعاصمة النشر غير معروفين)، 1986 ، ص 10 وما ب.
– انظر أيضاً ، اكرم ياملكي ، في سبيل قانون تجاري عربي موحّد ، قت. ماي 1976، ص 37.
– أيضاً ، محمد أخياظ ، مرجع سابق ، ص 1 و 2 .
– أيضاً ، سمير عالية ، مرجع سابق ، ص 5 .
– أيضاً ، احمد محرز ، مرجع سابق ، ص 13.

وحتى التّشريعات التي اقتبست من القانون التّجاري الفرنسي - وهي كثيرة - لم تأخذ شروط الصّبغة التّجاريّة بنفس الكيفية وبذات الحَرفيّة الّتي اعتمدها المشرّع الفرنسي، بل حَوّرت فيها بما يتناسب ورؤية المشرّع والسّياسة التشريعيّة لكلّ دولة .

هذا البحث يهتمّ بالعمل التّجاري مع التّركيز على الصّبغة التجاريّة لكلّ صنف من الأعمال المُعتبرة تجاريّة ، معتمداً على التّشريع التّونسي كنموذج رئيس مع المقارنة ببعض التّشريعات كلّما دعت الحاجة لذلك .

والحقيقة إنّ هذا الموضوع يكتسي أهمّية كبيرة في عديد النّواحي الّتي تبرز على الصّعيدين النّظري والعملي .

1 - الأهمّية النظريّة للموضوع :

تبدو هذه الأهمية بصورة خاصّة في صعوبة تحديد العمل التّجاري وضبط مجاله ، وذلك لاضطراب المعايير الفقهيّة في تمييز العمل المدني عن العمل التّجاري، وبالتّالي صعوبة التّفريق بين ميدان تطبيق التّشريع التّجاري وميدان التّشريع المدني [1].

وبالرّغم من أهمّية نظريّة العمل التّجاري فإنّها لم تحظ بدراسات خاصّة ، ولا نجد بحوثاً تتناول هذا الموضوع إلاّ في المراجع العامّة ، وبصورة غير معمّقة. ويظهر هذا النّقص جلياً في المكتبة العربيّة ، باستثناء أطروحة ومقالة. الأولى تدرس نظريّة العمل التجاري في ظل التحول الاشتراكي الجزائري، وتدافع عن حتميّة إلغاء القانون التّجاري في الجزائر حتى يصبح التشريع منسجماً مع التوجه الاشتراكي للجزائر في فترة إعدادها [2] .

أما المقالة فتدرس العمل التجاري في التشريع الكويتي، الذي اعتمد النظريّة الموضوعيّة كأساس للتجاريّة [3].

---

(1) - Cf., Jean-Pierre MARTY, La distinction du Droit civil et du Droit commercial dans la législation contemporaine, R.T.D. Com. Econ., 1981, p. 681 et suiv.

(2) - انظر، حلو عبد الرحمان أبو حلو ، نظرية العمل التجاري في ظلّ التحوّل الاشتراكي الجزائري، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص ، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1983 . ص 65 وما بعد.

(3) - عزيز العكيلي ، العمل التجاري كإطار عام لنطاق القانون التجاري الكويتي ، مقالة سابقة، ص 25 وما بعد.

2 - الأهمّيـة العمليّـة :

تظهر الأهمّية العملية للموضوع في العديد من الجوانب يمكن إجمالها بما يلي :

أ - تُحدّد صفة التّاجر في غالب الأحيان اعتماداً على احتراف الشّخص للأعمال التجاريّة [1] ، وهذا يستدعي تحديد العمل التّجاري وتفريقه عن العمل المدني . وتبدو أهمّية صفة التّاجر بصورة خاصّة في نظام الإفلاس الّذي لا يخضع له إلاّ التّجار .

ب - بالنّسبة للشّركات التجاريّة بموضوعها، لا تكتسب الصّبغة التجاريّة إلا إذا كان نشاطها موضوعه عملاً تجارياً ، وبالتّالي لا بدّ من معرفة الأعمال التجاريّة .

ج - عموماً إذا كان العمل مدنياً وتتجاوز قيمته حداً معيّناً، فيجب إثباته بكتب (3 دنانير تونسية مثلاً في التّشريع التونسي بموجب الفصل 473 م.إ.ع.). أمّا إذا كان العمل تجارياً فيمكن إثباته بكلّ طرق الإثبات، بما في ذلك الشّهادة والقرائن (بموجب أحكام المجلّة التجاريّة التونسيّة، مثلاً ما جاء به الفصل 598 م.ت.) [2] . مع وجود بعض الاستثناءات المقرّرة بالقانون ،كإثبات عقد الشّركة الّذي لا يكون إلا بكتب وإلا كان باطلاً [3] .

د - وفي الدّول التي تفرّق تشريعاتها بين المحاكم التجاريّة والمحاكم المدنيّة (كما هو الحال بالنّسبة للقانون الفرنسي) [4] . فإنّه يكون ضرورياً تحديد الأعمال التجاريّة الّتي تكون هي طبعاً موضوع النّزاعات التجاريّة .

وبالنّسبة للمشرّع التّونسي، وبعد تنقيح الفصل 40 م.م.م.ت. بالقانون عدد 43 لسنة 1995 [5] ، فقد مكّن السّلطة التنفيذيّة من إحداث دوائـر تجاريّة

---

(1) - إنّ قيام صفة التّاجر يؤدّي لتطبيق قواعد خاصّة بالتّاجر، تتعلّق بحقوقه وبواجباته لا يخضع لها غيره (كمسك الدفاتر التجاريّة والقيد بالسجلّ التّجاري والخضوع لنظام الإفلاس وغير ذلك).

(2) - حريّة الإثبات في المادّة التجاريّة أساسها السّرعة الّتي تتميّز بها المعاملات التجاريّة وضرورة تسهيل التّعاقد التّجاري .

- Cf., Nébila MEZGHANI, Op. Cit., vol. 1, p. 36.

- انظر، محمد الحبيب الشّريف، حول استخلاص الدّيون التجاريّة، قت. ديسمبر 1992، ص 7وما.

(3) - انظر الفصل 16 م.ت. ، وكذلك الفصل 190 م.ت. المتعلّق بالأصل التّجاري.

(4) - خالد محفوظ ، المحاكم التجاريّة ، قت. عدد فيفري 1994 (عدد خاص تجاري) ، ص 43.

(5) - رائد رسمي، عدد 37 بتاريخ 9 ماي 1995 ، ص 1047.

بالمحاكم الابتدائيّة تكون مختصّة بالنّظر في الدّعاوى التجاريّة [1] . «والذي دفع بالمشرّع التّونسي إلى إحداث نظام القضاء التّجاري، ما لاحظه من ضرورة جعل المنازعات بين التجّار يُبتّ فيها بمشاركة التجّار أنفسهم، لما لهم من معرفة بميدانهم أكثر من غيرهم...» [2] .

ه – رغم أنّ التّحكيم غير جائز في نزاعات الدّولة، إلاّ أنّ هناك استثناء في النّزاعات النّاتجة عن علاقات دوليّة اقتصاديّة أو تجاريّة أو ماليّة، وذلك بموجب الفقرة الخامسة من الفصل 7 م.تح.تو [3] ، الّذي ينصّ على أنّه : «لا يجوز التّحكيم :

– ...

– ...

خامساً – في النّزاعات المتعلّقة بالدّولة والمؤسّسات العموميّة ذات الصّبغة الإداريّة والجماعات المحلّية إلا إذا كانت النّزاعات ناتجة عن علاقات دوليّة اقتصاديّة كانت أو تجاريّة أو مالية...».

و – في الالتزامات النّاتجة عن الأعمال التجاريّة يفترض التّضامن بين المدينين [4] ، خلافاً للالتزامات المدنيّة الّتي لا يكون التّضامن فيها مفترضاً، بل لابدّ من الاتّفاق على ذلك أو أن ينصّ القانون على التّضامن (وهو ما

---

(1) – وبالفعل فقد صدر الأمر عدد 427 لسنة 1996 ناصّاً على إحداث دوائر تجاريّة بكلّ من تونس والكاف وسوسة والمنستير وصفاقس وقابس وقفصة ومدنين (أي مراكز محاكم الاستئناف).
– انظر ، رائد رسمي. عدد 24 المؤرّخ في 22 مارس 1996 ، ص 672 .

(2) – انظر ، الطيّب اللّومي ، القضاء التّجاري في تونس ، قت. جويلية 1996 ، ص 7 وماب.
– انظر ايضاً، محمد الحبيب الشريف ، الصّلح والتحكيم لدى الدائرة التجاريّة ، قت. جويلية 1996 ، ص 23 وماب.

(3) – صدرت مجلّة التّحكيم التونسيّة بالقانون عدد 42 المؤرّخ في 26 أفريل 1993 ، ونشرت بالرّائد الرّسمي. عدد 33 المؤرّخ في 4 ماي 1993 ، ص 580.

(4) – محمد المالقي ، محاضرات في شرح القانون المدني التّونسي ، المطبعة الرّسمية ، تونس ، 1980 ، ص 172.

يستفاد من نصّ الفصل 174 من مجلّة الالتزامات والعقود التونسيّة [1].

وقرينة التّضامن في الالتزامات التجاريّة يفرضها تقويّة وسلامة التّعامل التّجاري . وقد كرّسها الفصل 175 م.إ.ع. الذي ينصّ على أنّه : «يحصل التّضامن قانوناً فيما يلتزم به التجّار لبعضهم في نازلة تجاريّة إلاّ إذا صرّح العقد أو القانون بخلافه».

٧ - في الأعمال المدنية يكون للقاضي أن يمنح المدين مهلة لتنفيذ التزامه على وجه الفضل (نَظِرة المَيْسرة) ، إذا بيّن المدين أنّ الأجل يسهّل له الخلاص أو أثبت أنّ عدم التّنفيذ سببه خارج عن إرادته (فصل 137) م.إ.ع.

إلاّ أنّ هذه المهلة غير واردة في الكثير من الأعمال التجاريّة أو تكون استثنائيّة جداً ، فالفصل 338 من المجلّة التجاريّة التونسيّة مثلاً، لا يجيز منح آجال الفضل في الأوراق التجاريّة إلاّ في حالات خاصّة ، محدّدة بالفصلين 306 و316 من نفس المجلّة (كحالة القوّة القاهرة الّتي تمنع من سداد قيمة الورقة التجاريّة).

٨ - الأصل في الأحكام الصّادرة في المادّة المدنيّة أنّها لا تكون قابلة للتّنفيذ إلاّ بعد فوات مواعيد الطّعن بها وصيرورتها نهائيّة (عدا بعض الحالات الاستثنائيّة كالواردة بالفصل 125 م.م.م.ت.

أمّا في الأحكام الصّادرة في المادّة التجاريّة فتكون قابلة للتّنفيذ المعجل، سواء كانت قابلة للطّعن أو تمّ الطّعن بها فعلاً، وبالخصوص استناداً على الفقرة السابعة من الفصل 126 م.م.م.ت. [2] ، على اعتبار أنّ المطالبة بالدّين التّجاري هي من الصّور المحفوفة بالتأكّد الكلّي [3].

---

(1) - ينصّ الفصل 174 م.إ.ع. على أنّه «التّضامن بين المدينين لا يحمل عليهم بالظنّ وإنّما يثبت بصريح العقد أو القانون أو بكونه من ضروريات النّازلة».

(2) - ينصّ الفصل 126 م.م.م.ت. «يمكن الإذن بالتّنفيذ مؤقّتاً بضمان أو بدون :

- ...

سابعاً - وفي كلّ الصّور المحفوفة بالتأكّد الكلّي».

(3) - انظر ، محمد الحبيب الشريف ، حول استخلاص الدّيون التجاريّة ، مقالة سابقة ، ص 79.

- أيضاً ، عبد الستار الخويلدي ، الخصائص والتوجّهات الاجرائيّة في القوانين التونسيّة الحديثة ، قت. أفريل 1997 ، ص 65.

٩ - الفوائد القانونيّة المترتّبة على الدّيون التجاريّة تكون عادة نسبتها أعلى من فوائد الدّيون المدنيّة ، ففي الميدان المدني هي 7 بالمائة، في حين أنّها أعلى في المادّة التجاريّة، وهو ما جاء بالفصل 1100 م.إ.ع. [1] .

وقد وضع المشرّع قرينة على اشتراط الفائض لفائدة التّاجر الدّائن بموجب الفصل 1096 م.إ.ع. بعكس الدّيون المدنيّة الّتي لابدّ من اشتراطها كتابة.

١٠ - التّقادم المسقط في القانون المدني هو خمسة عشر عاماً، عدا ما استثني بنصّ قانوني (فصل 402) م.إ.ع.

أمّا في المادّة التجاريّة فإنّ التّقادم أقصر في الكثير من العمليات، لما يتميّز به القانون التّجاري من سرعة في المعاملات ، حيث يصل إلى خمس سنوات بالنّسبة لبعض التصرّفات (من ذلك ما جاء بالفصل 410 م.إ.ع. المتعلّق بعقد الشّركة) . ويصل في بعض الحالات إلى سنة واحدة (من ذلك ما جاء بالفصول 403 و404 و406 م.إ.ع.). ويصل حتى ستّة أشهر بالنّسبة لبعض المتعاملين بالكمبيالات (وهو ما جاء بالفقرة الثّانية من الفصل 335 م.ت. المتعلّق بدعاوى المظهرين فيما بينهم أو ضدّ السّاحب) [2] .

والواقع الحالي يشير إلى تباين كبير بين التشريعات في مسألة التجاريّة ، فما هو تجاريّ في دولة ما قد يكون مدنياً في دولة أخرى.

هذا التّباين يخلق إشكاليّة لا يستهان بها على صعيد القانون الدّولي الخاصّ ، فإذا كان النّزاع متعلّقاً بطبيعة العمل القانوني ، فإنّه يكون لزاماً على

---

(1) - ينصّ الفصل 1100 م.إ.ع. على أنّه : «إذا لم تضبط الأطراف نسبة الفوائض، فإنّ الفائض القانوني الّذي يقع تطبيقه هو التّالي :
أولاً - في المادّة المدنية يساوي هذا الفائض 7 بالمائة.
ثانياً - في المادّة التّجارية تساوي نسبة الفائض القانوني النسبة القصوى للاعتمادات البنكية المقرّرة من طرف البنك المركزي مع إضافة نصف نقطة».

(2) - تنصّ الفقرة الثانية من الفصل 335 م.ت. على أنّه : «تسقط دعاوى المظهرين على بعضهم بعضاً أو على السّاحب بعد مضي ستّة أشهر ابتداءً من اليوم الّذي دفع فيه المظهّر الكمبيالة أو من يوم القيام عليه بالدّعوى...».

القاضي تحرّي تجاريّة هذا العمل في القانون الواجب التّطبيق حسب قواعد الإسناد . وكثيراً ما يُفاجأ الخصوم بأمور لم تتّجه إرادتهم إليها، وتطبّق عليهم قواعد قانونيّة يعتقدون بأنّها ظالمة لهم . كما ظهرت بعض القواعد الماديّة الدوليّة التي تعطي الحلول الملائمة مباشرةً لبعض النّزاعات التجاريّة الدوليّة، كالقواعد المتعلّقة بالبيوع الدوليّة والنقل الدّولي للبضائع وغيرها [1] .

والحقيقة أنّ هذه المسائل تستحقّ الدّراسة ، إلاّ أنّها ليست موضوعنا ولا محلّ للتوسّع فيها بهذا البحث ، الّذي سيكون مخصّصاً للنّظر في الصّبغة التجاريّة للعمل القانوني، وتحرّي هذه التجاريّة في التّشريع التّونسي بصورة أساسيّة، مع مقارنته ببعض التّشريعات كلّما دعت الحاجة إلى ذلك .

فما هو العمل التّجاري وكيف نميّزه من العمل المدني ؟
إنّ التّركيز في بحثنا هذا سيكون موجّهاً إلى تجاريّة العمل القانوني، ومعرفة المعايير المعتمدة في تحديد الأعمال التجاريّة ، ورسم الحدّ الفاصل بين نطاق تطبيق القانون التجاري والقانون المدني .

ويمكن القول إنّ هذا البحث يرمي إلى إيجاد معايير واضحة لتجاريّة العمل انطلاقاً مما هو موجود للوصول إلى ما هو مأمول . فمن خلال التّحاليل الفقهيّة لهذه المسألة والنّصوص القانونية وفقه القضاء ، يمكن التوصّل إلى صياغة جديدة تتماشى مع المستجدّات العصرية، خاصةً مع تزايد التّداخل بين القطاع التّجاري والقطاعات الإقتصاديّة الأخرى . وظهور أنشطة جديدة تحتاج إلى تحديد طبيعتها وإلحاقها بميدانها، وتحرّي ما إذا كانت تنتمي للأعمال التّجارية أم أنّها ذات طبيعة مدنية ولا تخضع للقانون التّجاري .

وللإجابة على هذه الإشكالية لابدّ مسبّقاً من الإشارة إلى أنّ الحيرة الّتي وقع فيها الفقه في تحديد المعايير الّتي تُحدّد الطّبيعة التجاريّة للعمل، وتعدّد النظريّات في هذا الميدان، يعود إلى صعوبة حصر الصّبغة التجاريّة في معيار

---

(1) - انظر ، حمزة حدّاد ، قانون التجارة الدّوليّ ، رسالة دكتوراه نوقشت بجامعة القاهرة بعنوان : «العقود النموذجية في قانون التجارة الدّوليّة : دراسة في عقد البيع الدّولي» سنة 1976 ، الدار المتحدة للنشر ، بيروت، 1980 ، ص 28 وما بعد.

واحد شامل وجامع ، وقد يكون الخلاف الفقهي ناتجاً عن خلط بين الأعمال التجاريّة الّتي تكون محوراً للمهن الّتي تصنف على أنّها تجاريّة، أي تلك الأعمال الّتي تشكّل نشاطاً رئيساً [1] للشّخص، وبين الأعمال التجاريّة الّتي تأخذ الصّفة التجاريّة بصفة استثنائيّة أو تبعيّة، أي تلك الأعمال الّتي لا تشكّل نشاطاً رئيساً للشّخص .

وانطلاقاً من هذه الفكرة يمكن تأسيس البحث على محورين :

- **تجاريّة الأنشطة الرئيسة (جزء أول).**
- **تجاريّة غير الأنشطة الرئيسة (جزء ثان)** [2] .

---

(1) – درج الكتّاب على استعمال لفظة «رئيسي» بدلاً من «رئيس» ، والصحيح هو الاستعمال الأخير، لأن الرأس هو أعلى كلّ شيء والصفة منه «رئيس» فنقول «نشاط رئيس» ولا نقول نشاط رئيسي.

– مجد الدين محمد الفيروز آبادي ، القاموس المحيط ، ضبط وتوثيق يوسف البقاعي ، دار الفكر للطّباعة والنشر والتوزيع ، بيروت 1995 ، فصل الراء وباب السين ، ص 492.

(2) – قد يعترض البعض على استعمال لفظة «أنشطة» بدلاً من لفظة «أعمال» في العناوين الرئيسة للبحث ، وقد كان ذلك مُتَعمّداً ، لأنّ النّشاط ما هو إلا مجموعة أعمال . لذا خصّصتُ الجزء الأول للانشطة الرّئيسة الّتي يمارسها الشّخص لأهمّيتها في البحث ، فهي العمود الفقري للحياة التجاريّة . وأيضًا استعملتُ عبارة «تجاريّة غير الأنشطة الرئيسة» في عنوان الجزء الثاني من البحث بدلاً من عبارة «تجاريّة الأنشطة غير الرئيسة»، لأنّها أعمّ وأشمل وتضمّ كلّ الأعمال الّتي لا تعدّ من النّشاط الرّئيس للشّخص، سواء كانت نشاطاً تبعيًا أو تكميلياً أو مجرّد أعمالٍ متفرّقة وتكتسب الصّبغة التجاريّة .

الجـــزء الأول

تجاريّـــة الأنشطـــة الرئيســـة

أخذ المشرّع التّونسي بالنظريّتين الذاتيّة والموضوعيّة معاً، لتحديد نطاق تطبيق المجلّة التجاريّة الصّادرة في 5 أكتوبر 1959 ، وهذا ما يؤكّده الفصل الأول من هذه المجلّة، إذ ينصّ على أنّه : «تنطبق أحكام هذا القانون على التجّار والأعمال التجاريّة».

إلاّ أنّ السّؤال الّذي يمكن طرحه هو : هل أنّ المشرّع التّونسي يرجّح النظرية الشّخصية أم النظريّة الموضوعيّة ؟

للإجابة على هذا السّؤال أهميّة خاصّة، لأنّه لو كانت النظريّة الشخصيّة هي الأرجح ، فهذا يعني أنّ الصّبغة التجاريّة تنتقل من شخص التّاجر إلى الأعمال الّتي يقوم بها . أما إذا كانت النظريّة الموضوعيّة هي الغالبة، فإنّ الصّبغة التجاريّة تُقرّر للأعمال دون الاهتمام بصفة الشّخص القائم بها .

وقد تضاربت الآراء الفقهيّة حول هذه المسألة، ولكلّ منها مؤيّداته ومستنداته . فمثلاً الأستاذ أحمد بن سدرين يقول : «... إنّه بالرّجوع إلى البيان الّذي تقدّمت به الحكومة إلى مجلس الأمّة عند عرضها لمشروع المجلّة التجاريّة، نجد أنّها لم تَغفل عن توضيح السّبيل الّذي سلكته ، فقد تضمّن هذا البيان بالحرف الواحد «... إنّ القانون التّجاري مؤسّسٌ على الأعمال التجاريّة...».

ويتابع الأستاذ بن سدرين قوله : «ولكي نفهم جيّداً هذه الفقرة الّتي اقتطفناها من البيان، ينبغي أن نوضّح أنّ أحكام القانون التّجاري في تونس مأخوذة في جانب لا بأس به عن القانون التّجاري الفرنسي ، وفي خصوص الموضوع الّذي نحن بصدده عن المشروع الأوّل للقانون التّجاري الفرنسي ... على أنّ الأخذ بالنّظريّة الموضوعيّة لم يكن بصفة مطلقة ... ومجمل القول أنّ المشرّع التّونسي اعتمد النظريتين الماديّة والشّخصيّة مع ترجيحٍ واضحٍ للنّاحية الماديّة أو الموضوعيّة ...» [1].

أمّا الدّكتور شكري السّباعي فيُخالف هذا الرّأي، حيث يقول : «... بعض التّشريعات تأخذ إلى حدّ بعيدٍ ، وأساساً بالنظريّة الشخصيّة ، كالقانون

---

(1) – أحمد بن سدرين ، دروس القانون التّجاري ، محاضرات أُلقيت لطلاّب السّنة الثالثة بكليّة الحقوق والعلوم السياسية بتونس ، السنة الجامعيّة 1972 – 1973 ، ص 9 و 10.

الألماني والتّونسي (الفصل الثاني) الّذي اهتمّ بالتّاجر دون الكلام عن العمل التّجاري...» [1] . ويؤيّده بهذا الاتّجاه الأستاذ هشام فرعون الذي يرى أنّ المجلّة التونسيّة قد توسّعت في الأخذ بالنّظريّة الشخصيّة مقارنةً بالمجلّة التجاريّة الألمانية [2].

يبدو أنّ المشرّع التّونسي قد نهل من الاتّجاهين على حدّ سواء ، فمن جهة أسّس النظريّة الشخصيّة في الكثير من الفصول، وأهمّها الفصول 2 و 4 و 15 من المجلّة التجاريّة ، ومن جهة أخرى أخذ بالنظريّة الموضوعيّة أيضاً في العديد من الفصول، وأهمّها الفصول 3 و 269 من المجلّة التجاريّة .

ولئن كانت أهمّية العمل التّجاري مُطلقة في إطار النظريّة الموضوعيّة، فإنّه يكتسي أيضاً أهمّيةً كبيرةً في إطار النظريّة الشخصيّة ، ويكفي لتأكيد ذلك أنّ التّاجر عموماً يأخذ صفته القانونيّة من احترافه للأعمال التجاريّة ، فالعمل التّجاري يكون محوراً رئيساً لنشاط التّاجر ، ويشكّل قاعدةَ المهنة التجاريّة . مما يجرّنا إلى البحث والتحرّي عن تجاريّة الأنشطة الرّئيسة، سواء تمّت من خلال احتراف الأفراد لها (الباب الأول) ، أو كانت مؤطّرةً بمؤسّسة (الباب الثّاني) .

---

(1) – أحمد شكري السّباعي ، مرجع سابق ، ج. 1 (النظريّة العامّة للتّجارة وبعض الأعمال التجاريّة) ، ط. 3، 1988، ص 263.

(2) – هشام فرعون ، القانون التّجاري البرّي (جزءان) ، ج. 1 ، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، جامعة حلب ، 1988 – 1989 ، ص 14 .

البـــاب الأول

الحِـــرَف التجاريّـــة

ينصّ الفصل الثاني من المجلّة التجاريّة التونسيّة على انّه : «يعدّ تاجراً كلّ شخص اتّخذ له حِرفةً من تعاطي أعمال الإنتاج أو التّداول أو المضاربة أوالتوسّط، فيما عدا الحالات المنصوص عليها بالقانون ...».

إنّ هذا الفصل يبيّن الحِرف [1] التجاريّة والأعمال التجاريّة الّتي تشكّل محوراً لها ، وبالتّالي تمنح للقائم بها صفة التّاجر .

لذا يتعيّن تحليل الصّبغة التجاريّة للحِرف (فصل أوّل). ومن ثمّ استعراض أهمّ الحِرف التجاريّة (فصل ثانٍ).

---

(1) – تُرجمت اللّفظة الفرنسيّة Profession إلى مصطلحين ، فمرّة نجدها (حِرفة) ومرّة أخرى (مهنة) . وحيث إنّ لفظة (حِرفة) أقرب إلى نشاط الأفراد ، بينما يوحي مصطلح (مهنة) بانّه أوسع، لذا سنعتمد في هذا البحث مصطلح (حِرفة) عند الحديث عن نشاط الشّخص الطّبيعي . أمّا مصطلح (مهنة) فنستعمله للتّعبير عن كلّ الأنشطة الرّئيسة للأشخاص سواء كانوا طبيعيّين أو معنويّين .

الفصل الأول
تجاريّة الحِرفة

الحِرفةُ لُغةً : هي وسيلة الكسب، من زراعةٍ وصناعةٍ وتجارةٍ وغيرها[1].
أو هي صنعةُ الرّجل وما يتكسب به [2].
فالحِرفة إذنْ هي ما يُكتسَبُ به الرّزق. وتحمل معنى الاعتياد على ممارسة نشاط اقتصادي معيّن . «ويفترق معنى الاحتراف عن معنى الكسب ، لأنّ الكسب هو أعمّ من الاحتراف ... فالكسب لا يشترط فيه أن يجعله الشّخص دأبهُ ودَيْدنهُ كما هو الحال في الاحتراف...» [3].

ويختلف الاحتراف عن الهواية في عدم توفّر نيّة تحقيق الرّبح بصورة أساسيّة أو التكسب من الهواية، لأنّ الهاوي يسعى لإشباع الرّغبة في التّسلية أوقضاءالوقت، أو يدفعه لممارسة هوايته تعلّقه بعمل ما، وحبّه الشّديد له .

والاحترافُ صفةٌ لصيقةٌ بالإنسان ، فيقال إنسان يحترف التّجارة وآخر يحترف التّعليم وثالث يحترف الرّياضة ... ومن الصّعب تصوّر الاحتراف للشّخص المعنوي ، فالمِهن الّتي تتمّ مزاولتها في إطار شخص معنوي لها خصوصيّة، وتختلف عن نظام الاحتراف في الكثير من الجوانب .

الحقيقة أنّ الحِرفة التجاريّة لا تقوم إلا بتوفّر العديد من المقوّمات المتكاملة والمرتبطة ببعضها في علاقة وثيقة ، منها المتعلّقة بالنّشاط نفسه (مبحث أول)، ومنها ما يتعلّق بمُحترف التّجارة (مبحث ثانٍ) .

---

(1) - المُعجم الوسيط ، مرجع سابق ، ص 167 .
(2) - المُعجم العربي الحديث لاروس ، مرجع سابق ، ص 441 .
(3) - محمد رواس قلعجي ، الاحتراف وآثاره في الفقه الإسلامي ، مطبعة جامعة الملك عبد العزيز، جدّة ، 1984 ، ص 3 .
- انظر أيضاً ، احمد الغازي الحسيني ، طوائف الصّناعة التقليديّة وانظمتها المهنيّة بمدينة فاس ، رسالة دبلوم الدّراسات العليا بالقانون الخاصّ ، كليّة العلوم القانونيّة والاقتصاديّة والاجتماعيّة ، جامعة محمد الخامس في الرّباط ، 1976 ، ص 23 .

المبحث الأول :
مقوّمات التجاريّة المتعلّقة بالنّشاط المُحْتَرَف :

يقول الأستاذ ديديه DIDIER : «النّشاط ما هو إلا مجموعة من الأعمال . والشّخص ما هو إلاّ مجموعة من الأنشطة...» [1].

وللتعرّف على تجاريّة النّشاط المُحْتَرَف أهمّية خاصّة، لتفريقه عن الأنشطة المدنية من جهة، وأيضاً لتحديد صفة التّاجر من جهة أخرى .

المُلاحَظ أنّ المشرّع التّونسي لم يُعرّف العمل التّجاري بصورة دقيقة رغم أهميّة هذا المفهوم ، كما أنّه لم يتمكّن من تأطير جميع الأعمال التجاريّة في تعريف موحّد، لتنوّع هذه الأعمال وعدم تماثلها، فبعضها تصلح أن تكون محوراً لحِرفةٍ ما ، في حين أنّ بعضها الآخر لا يكون عادة في إطار الحرفة .

فما هي الأعمال التجاريّة الّتي تصلح أن تكون أساساً لحِرفة ؟
للإجابة على هذا التّساؤل، لابدّ من التعرّف على المعايير الّتي تحدّد تجاريّة النّشاط المُحترف (فقرة أولى)، مع التعرّف على الأنشطة المستبعدة من الميدان التّجاري (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى : معايير تجاريّة الحِرفة

لقد ظهرت عدّة نظريّات لتفريق العمل التّجاري عن العمل المدني، وأهمّ هذه النظريّات ما يلي :

1 – نظريّة المضاربة La spéculation
2 – نظريّة التّداول La circulation
3 – نظريّة التّوسط L'entremise
4 – نظريّة الحِرفة La profession
5 – نظريّة المؤسّسة L'entreprise

---

(1) - «Certes, L'activité n'est qu'une somme d'actes, comme la personne n'est qu'une somme d'activités...».
- Cf., Paul DIDIER, La compétence législative du Droit commercial, R.T.D. Com., 1965, p. 539.

غير أنّ الفقه لم يتمكّن من استخلاص معيار شامل لتمييز العمل التجاري، فبقيت كلّ واحدة من النظريّات المذكورة قاصرة عن تفسير تجاريّة كلّ الأعمال التجاريّة، وإن كان كلّ منها يحتوي على الخصائص المميّزة لبعض هذه الأعمال [1] .

وعلى المستوى التّشريعي تأثّرت القوانين بهذه النظريات ، وكرّسها العديد منها، كلّ حسب فلسفته ورؤيته (كالقانون اللبناني والسوري والمصري والعراقي) .

فما هو موقف المشرّع التّونسي من هذه النظريّات ؟

بالرّجوع إلى الفصل الثّاني من المجلّة التجاريّة، يتبيّن أنّه : «يُعدّ تاجراً كلّ شخص اتّخذ له حرفة من تعاطي أعمال الإنتاج أو التّداول أو المضاربة أو التوسط فيما عدا الحالات المنصوص عليها بالقانون .

ويُعدّ تاجراً بالخصوص كلّ من يباشر على وجه الاحتراف :

- ...

10 - استغلال منشآت الملاهي العموميّة .

11 - استغلال منشآت الإشهار والطّباعة والإخبار بالأنباء أو الإرشادات ونقلها...».

بالتّدقيق في هذا الفصل نجد أنّ المشرّع التّونسي استعان بكلّ النظريات الفقهيّة، واسترشد بها لتحديد تجاريّة الأنشطة الرّئيسة للأفراد المتهنين للتّجارة ، إذ أخذ بنظريّة الحرفة لتقرير صفة التّاجر من جهة ، وإسباغ الصّفة التجاريّة على كلّ أعمال هذا التّاجر إذا تعلّقت بشؤون حرفته، بناءً على نظريّة التبعيّة (فصل 4 م.ت.) من جهة أخرى .

ومن الضّروري في هذا المقام دراسة نظريّة الحِرفة، قبل الخوض في النظريات الأخرى .

- نظريّة الحِرفة :

استرشد المشرّع التّونسي بنظريّة الحرفة كمعيار عام لتحديد الأنشطة التجاريّة . فمن خلال احتراف الشّخص لنشاطٍ رئيسٍ من الأنشطة الّتي

---

(1) - سمير عالية ، المرجع السّابق ، ص 49 .

اعتبرها المشرّع تجاريّة يكتسب صفة التّاجر، فتنسحب الصّبغة التجاريّة على كلّ أعماله الّتي تتعلّق بشؤون تجارته . ومن جهة أخرى فإن العلاقة تكون جدليّة بين تجاريّة الشّخص وتجاريّة العمل . فالعمل يصبح تجارياً لأنّ الشّخص احترفه كنشاطٍ رئيسٍ يتعيّش منه ، وفي الوقت نفسه يكتسب الشّخص صفة التّاجر لأنّه مارس الأعمال التجاريّة كحرفةٍ له .

ترجع نظريّة الحِرفة إلى الفقيه ريبير G. RIPERT [1]. ويُعتَبر تأصيل الأعمال التجاريّة على أساس الحرفة مبنيّاً على ضابطٍ شخصي [2]، فيكون «القانون التّجاري هو قانون العمليات القانونيّة الّتي يقوم بها التجّار فيما بينهم أو مع حرفائهم» [3] .

«وعلى ذلك يُعتبر العمل تجارياً إذا كان داخلاً في مهنة التّاجر وما يحترفه من أعمال تتّصل بها ، ويُعتبر العمل مدنياً إذا كان لا يَمُتّ إلى حِرفة التّاجر بصلةٍ ...» [4] .

إذن كلّ ما يقوم به التّاجر من أعمال في إطار حرفته يصبح عملاً تجارياً ، ويترتّب على ذلك أنّه لا مجال للتّمييز بين ما يسمّيه الفقهاء بالأعمال التجاريّة بطبيعتها والأعمال التجاريّة بالتبعيّة [5].

«على أنّ من يقول بهذا المعيار يُسلّم بوجود أعمال تعتبر تجاريّة ولو صدرت عن غير التّاجر ، فهناك أشخاص لا يزاولون التّجارة على وجه الاحتراف، ومع ذلك يقومون ببعض الأعمال التجاريّة عرضاً، ويرى أنّ أساس تجاريّة هذه الأعمال أنّ القيام بها يُضفي على من قام بها مظهر التّاجر، ويحمل

---

(1) - RIPERT et ROBLOT, Op. Cit., p. 202.

(2) – محمد أخياط ، مرجع سابق ، ص 39 .

(3) - Cf., Gérard LION-CAEN, Contribution à la recherche d'une définition du Droit commercial, R.T.D. Com. 1949, p. 581.

(4) – فريد مشرقي ، أصول القانون التّجاري المصري ، ج.1،المكتبة الأنجلو المصريّة ، القاهرة ، ط. 3 ، 1959 ، ص 31 .

(5) – انظر ، هاني محمد دويدار ، مرجع سابق ، ج. 1 ، ص 36 .

الغير على الاعتقاد بأنّه يمارس التّجارة...»[1] .

يُعاب على نظريّة الحرفة أنّها تستلزم تحديد الحِرف التجاريّة وتمييزها عن الحِرف المدنيّة، وهو أمر لا يقلّ صعوبة عن تحديد الأعمال التجاريّة، فضلاً عن الاضطرار للأخذ بفكرة العمل التجاريّ لتحديد هذه الحِرف [2] ، فالحِرفة التجاريّة لا يمكن تعريفها إلا من خلال طبيعة الأعمال المكوّنة لها ، وهذه الأعمال لا تحدّد طبيعتها إلاّ على ضوء الحِرفة الّتي تنظّمها [3] ، وهذا ما يؤدّي إلى الدوران في حلقة مفرغة [4] .

وقد اشترط المشرّع التّونسي في بعض المهن أن يتمّ ممارستها من خلال مؤسّسة (Entreprise) حتى تكون تجاريّة ولا يكفي مجرّد الاحتراف ، وتُعتبر نظريّة المؤسّسة إحدى النظريات المعتمدة لتحديد تجاريّة الأعمال.

الفقيه الإيطالي فيفانتي VIVANTE هو أوّل من نادى بهذه النظريّة كمعيار لتمييز العمل التجاري، وحسب هذا المعيار لا يكون العمل تجاريّاً ولا يكتسب محترفه صفة التّاجر إلاّ إذا زاوله في إطار مؤسّسة، وفي هذا ترجيح للنظريّة الشخصيّة في إطارها الاقتصادي والقانوني على النظريّة الموضوعيّة .

وقد تحمّس الفقيه الفرنسي إسكارّا ESCARRA لهذه النظريّة، الّتي تجعل من القانون التّجاري قانون المؤسّسات التجاريّة، وليس قانون الأعمال التجاريّة المنفردة .

نلاحظ أنّ هذه النظريّة تهتمّ بالشّكل الّذي يمارس فيه العمل ، وتعتمد هذا الشّكل الخاص للتّفرقة بين العمل المدني والعمل التّجاري ، وبمعنى آخر يكون عملاً تجارياً كلّ عملٍ يُمارس من قبل وحدة اقتصاديّة تتّخذ شكلاً منظّماً وتتميّز بالدّيمومة [5].

---

(1) – عزيز العكيلي ، القانون التّجاري ، مرجع سابق ، ص 58 .

(2) – محمود مختار أحمد بريري ، قانون المعاملات التجاريّة السّعودي ، ج. 1 ، معهد الإدارة العامّة، الرّياض ، 1982 ، ص 73 و 74.

(3) – عزيز العكيلي ، المقالة السّابقة ، ص 51 .

(4) – حلو عبد الرحمن أبو حلو ، مرجع سابق ، ص 122.

(5) – أبو زيد رضوان ، دروس في القانون التّجاري، (الناشر وعاصمة النّشر غير معروفين)، 1982، ص 17.

وسواء تمّت ممارسة الأعمال التجاريّة من خلال حِرفة أو مؤسّسة، فلابدّ من معرفة المعايير الّتي تحدّد تجاريّة هذه الأعمال ، فلا يكفي مثلاً الاحتراف لمعرفة الأنشطة التجاريّة وتمييزها عن الأنشطة غير التجاريّة، وذلك لوجود حِرف مدنيّة وأخرى تجاريّة .

بالرّجوع إلى الفصل 2 من المجلّة التجاريّة التونسيّة، يلاحظ وجود صنفين من المعايير لتحديد تجاريّة الحِرف ، الصّنف الأول مألوف في الفقه التّجاري (أوّلاً)، وهناك معيار دخيل على معايير التجاريّة (ثانياً) .

أوّلاً - معايير الفقه التّجاري :

لقد حاول الفقه البحث في جوهر الأعمال القانونيّة، لاستخلاص سماتها والكشف عن العنصر الجوهري الّذي يميّز العمل التّجاري عن العمل المدني، لاتّخاذه معياراً صالحاً لجميع أنواع الأعمال الّتي تعدّ تجاريّة ، وبالتّالي تصلح أن تعطي محترفها صفة التّاجر القانونيّة .

وقد اختلفت الآراء حول مقياس الأعمال التجاريّة ، «قيل بأنّ العمل التّجاري يميّزه عنصر المضاربة ، وقيل بل إنّه التّداول ، وقيل بأنّه الوساطة ، واتّجه البعض إلى السّبب بمعنى الباعث الدّافع إلى الالتزام ، فإذا كان الباعث تجاريّاً كان العمل تجاريّاً وإلا فإنّه يكون مدنياً...» [1] .

وباستثناء مقياس السّبب الباعث [2] الّذي يعتبر من المعايير الّتي تقوم على اعتبارات قانونيّة [3] . فإنّ المشرّع التّونسي قد اعتمد المعايير

---

(1) - محمد حسني عبّاس ، الوجيز في النظريّة العامّة للقانون التّجاري ، المكتب المصري الحديث للطّباعة والنّشر ، الاسكندريّة ، 1969 ، ص 56 .

(2) - أوّل من قال بنظريّة السّبب الباعث Le motif déterminant de l'obligation هو الأستاذ هنري كابيتان Henri CAPITANT ، فعندما يكون الباعث على الالتزام تجاريّاً يكون العمل تجاريًا ايضاً ، وتبدو صعوبة هذه النظريّة في عدم دقّتها، وصعوبة تحديد الباعث لأنّه باطني يتعلّق بهوى النّفس . وقد لطّف الأستاذ ريفيران REVÉRAND من جمود هذه النظريّة بالاستعانة بالظّروف المحيطة بكل عمل على حِدة .
- شكري السباعي ، مرجع سابق ، ج. 1 ، ص 295 - 296 .

(3) - حافظ محمد ابراهيم ، المرجع السّابق ، ص 53 .

الثّلاثة الأخرى (المضاربة – التّداول – التوسط) لتحديد تجاريّة الحرف (الفصل 2 م.ت.)، والملاحظ أنّ هذه المعايير تقوم على اعتبارات اقتصاديّة لا قانونيّة .

أ - معيار المضاربة Spéculation :

المضاربة لُغةً : هي السّفر بغرض التّجارة .

وفي المفهوم الشّرعي يصطلح على المضاربة بأنّها : نوع من الشّركات يقوم باتّفاق طرفين يبذل أحدهما المال والآخر جهده ونشاطه في الإتّجار والعمل بهذا المال على أن يكون الرّبح بينهما . فإذا لم تربح الشّركة لم يكن لصاحب المال غير رأسماله ويضيع على المضارب كدّه وجهده ، وهي بهذا المعنى ترادف معنى القراض .

أمّا المضاربة في البورصة فلها معنى قانوني غير معناها الشّرعي، إذ تعني : المخاطرة بالبيع أو الشّراء بناءً على التنبّؤ بتقلّبات الأسعار بغية الحصول على فارق الأسعار [1].

والمضاربة كمفهوم اقتصادي يمكن أن تُعرّف بكونها : «عمليّة تتعلّق بشراء شيء لإعادة بيعه في وقت لاحق بهدف تحقيق الرّبح» [2].

لقد نادى الكثير من الفقهاء الكلاسيكيين بنظريّة المضاربة للتعريف بالعمل التّجاري، كالأستاذ بواتيل BOISTEL وأيضاً الأستاذ باريديسو PARDESSUS وكذلك الأساتذة برافار-فيرييير وديمونجا PRAVARD-VEYRIÈRES et DEMANGEAT ، كما دعا الأستاذان هاميل ولافارد HAMEL et LAGARDE إلى الأخذ بهذه النظريّة بالمعنى الواسع، أي تطبيقها على كلّ عمل يهدف إلى تحقيق الكسب المالي [3].

---

(1) – انظر ، حسن عبد الله الأمين ، المضاربة الشّرعية وتطبيقاتها الحديثة ، المعهد الإسلامي للبحوث والتّدريب ، جدة ، 1988 ، ص 13 وما ب.
– أيضاً، عبد العظيم شرف الدّين ، عقد المضاربة بين الشّريعة والقانون ، ط. 1 ، مكتبة الكلّيات الأزهريّة ، القاهرة ، 1974 ، ص 8 وما ب.

(2) - Grand Larousse Universel, T. 14, Hardes a journal , Larousse , Paris , 1983 , p. 9748.

(3) - Ency. D. Com. I (A.B), (Acte de commerce), Éd. 2, 1984, p. 4.
- HAMEL et LAGARDE, Op. Cit., T. 1, p. 127.
– انظر ، سمير عالية ، المرجع السّابق ، ص 46 .

ويبدو أنّ العلاّمة ابن خلدون قد سبق الفقهاء الفرنسيّين بعدّة قرون في الأخذ بهذا المعيار إذ يقول : «إنّ معنى التّجارة تنمية المال، بشراء البضائع ومحاولة بيعها بأغلى من ثمن الشّراء...» [1].

ويقول الأستاذ علم الدين : «إنّ السّعي لتحقيق الرّبح عنصر جوهري في التّجارة ويتوافر في كثير من الأعمال التجاريّة ... كما أنّ القضاء قد أخذ بهذا المعيار في كثير من الحالات ... ومع ذلك فهو معيارٌ غير كافٍ للتّفرقة بين العمل التّجاري والعمل المدني...» [2].

فنظريّة المضاربة تتضمّن جانباً كبيراً من الصحّة ، لأنّ النّشاط التّجاري يفترض لزاماً قصد الرّبح ، وبالتّالي تخرج من نطاق القانون التّجاري الأنشطة الّتي لا تهدف إلى تحقيق الرّبح من أعمالها، كالجمعيات الخيرية والتعاونيات[3] . إلا أنّ النظريّة تعرّضت للنّقد ، لأنّها تكون تارة أوسع من اللاّزم، فتُدخل أعمالاً مدنيّة في التّجارة (كالاستغلال الزّراعي)، وتارة أخرى أضيق، فلا تفسّر تجاريّة بعض الأعمال الّتي أعطاها القانون الصّفة التجاريّة رغم عدم توفّر عنصر المضاربة فيها (كسحب أو تظهير الكمبيالة) [4].

وقد اعتمدت بعض التّشريعات العربيّة نظريّة المضاربة صراحة كأساسٍ لتمييز الأعمال التّجارية، كالتّشريع الكويتي مثلاً حيث نصّ الفصل 3 من القانون التّجاري الكويتي لسنة 1980 [5] على أنّ : «الأعمال التجاريّة هي الأعمال الّتي يقوم بها الشّخص بقصد المضاربة ، ولو كان غير تاجر».

---

(1) – عبد الرّحمان ابن خلدون ، المرجع السّابق ، ص 216 .

(2) – محمد اسماعيل علم الدّين ، موجز القانون التّجاري ، دار الاتّحاد العربي للطّباعة ، القاهرة، (طبعة غير مؤرّخة) ، ص 48 و 49.

(3) – انظر ، إدوار عيد ، القانون التّجاري اللّبناني ، مطبعة باخوس وشرتوني ، بيروت ، 1971، ص 54 و 55.

(4) – محمد فهمي الجوهري، القانون التّجاري، مكتبة نهضة الشّرق، القاهرة ، 1986 ، ص 18.

(5) – دخل القانون التّجاري الكويتي حيز التّنفيذ بتاريخ 25-2-1981.

وكذلك المشرّع العراقي في الفصل 5من قانون التّجارة لسنة 1984[1] ولكن بصورة غير مباشرة حيث جاء بمطلعه : «تعتبر الأعمال التّالية أعمالاً تجاريّة إذا كانت بقصد الرّبح . ويفترض فيها هذا القصد ما لم يثبت العكس ...».

وقد اعتمد المشرّع التّونسي نظريّة المضاربة كأحد المعايير الّتي تحدّد تجاريّة النّشاط ، ولم يميّزه عن بقيّة المعايير ، ممّا دفع البعض إلى انتقاد هذا الموقف [2] ، لأنّ الفصل الثاني من المجلّة التجاريّة التّونسية مستلهم من مشروع القانون التّجاري الفرنسي، الّذي يفترض أنّ المضاربة أساس كلّ عمل تجاريّ ، وبالتّالي لم تكن صياغة الفصل 2 م.ت. مشابهة لأصلها الفرنسي . إذن فأعمال المضاربة حسب الفصل 2 م.ت. تكون أعمالاً تجاريّةً إذا تمّت في إطار الحِرفة وكانت نشاطاً رئيساً لمحترفها .

تقول الأستاذة المزغنّي «إنّ فكرة المضاربة لا تهيمن على كلّ الأنشطة التجاريّة ... فبعض الأنشطة التجاريّة ليس هدفها الوحيد هو البحث عن الرّبح ، فقد يكون الهدف الرّئيس لبعض المؤسّسات التجاريّة أو الصناعيّة تكوين الخبرات واكتساب التقنيات ، كما أنّ بعض المؤسّسات العامّة تمارس نشاطاً تجارياً ... بهدف تحقيق مصلحة عامّة ، حيث إنّها تمارس مهمّة مرفق عام ، والدّولة تقلص من خسارتها المالية بمنحها المساعدات، مثلما هو الحال بالنّسبة للشّركة القومية للنّقل...» [3].

ب - معيار التّداول Circulation :

التّداول يعني : انتقال الثّروة وتحريكها من شخص لآخر . وتداول البضائع هو تبادلها .

---

(1) - صدر بالقانون رقم 30 لسنة 1984 ونشر بالجريدة الرسميّة (الوقائع العراقيّة) عدد 2987 المؤرّخ في 2 افريل (نيسان) 1984 .

(2) - Cf., E. de Gaudin DELAGRANGE, Les notions de commerçant et d'actes de commerce dans les articles 1er à 4 du C. Comm. Tunisien, R.T.D., 1963-65, p. 13 et suiv., notamment p. 18.

(3) - N. MEZGHANI, Op. Cit., Vol. 1, pp. 109 et 110.

والتّداول بالمفهوم الاقتصادي هو : «مجموعة الهياكل والأساليب التي بفضلها يمكن وضع المنتوجات والأشياء والخدمات في متناول المستعملين وتحويلها حسب متطلّبات السّوق» [1].

لقد نادى بنظريّة التّداول الأستاذ تاليـر THALLER [2] ، الّذي يرى أنّ العمل التّجاري يقوم في جوهره على تداول السّلع والبضائع من وقت خروجها من يد المنتج إلى وقت وصولها إلى يد المستهلك .

«فكلّ عمل يرمي إلى تحريك الثروات ويساعد على تنشيط حركتها يعتبر من طبيعة تجاريّة ، أمّا الأعمال التي تتناول الثروات وهي في حالة ركود واستقرار فتعتبر من طبيعة مدنية ...» [3].

يقول الأستاذ محمود البريري : «طبقاً لهذا المعيار تتمثّل التّجارة في تداول أو دوران المنتجات والنّقود والصّكوك ، أمّا عند المنتج فلم تدخل السّلعة بعد ميدان التّجارة ، وعند المستهلك تكون قد خرجت من هذا الميدان ، وبين المنتج والمستهلك تتسلسل وتتشعب مجموعة من الأعمال هي الّتي تكوّن التّجارة» [4].

لاشكّ في أنّ معيار التّداول يفسّر تجاريّة الكثير من الأعمال ، كما أنّ أحداً لا ينازع في أنّ الحركة من مستلزمات التّجارة ومن أسباب تنشيطها ، لكنّ هذا المعيار لا يفسّر جميع الأعمال التجاريّة ، وخاصّة الأنشطة الخدماتية، كنقل الأشخاص مثلاً ، وكذلك العمليات التجاريّة المتعلّقة بالعقارات .

كما يُعاب على هذا المعيار أنّه يُدخل في ميدان التّجارة أعمالاً فيها عنصر التّداول وهي ليست تجاريّة ، كالجمعيّات التعاونيّة الّتي تشتري

---

(1) - Grand Larousse Universel, Op. Cit., T. 4, p. 2258.

(2) - Emile THALLER, Traité élémentaire de Droit commercial, 3ème éd., Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, Paris, 1904, pp. 4 et 5.
- Cf., Michel JUGLART et Benjamin IPPOLITO, Cours de Droit commercial, 2 vol., Montchrestien, Paris, vol. 1, 10ème éd., 1992, p. 144, n° 76.

(3) – عزيز العكيلي ، المرجع السّابق ، ج. 1 ، ص 56 .

(4) – محمود مختار البريري ، المرجع السّابق ، ص 71 .
– انظر أيضاً بنفس المعنى ، أحمد بن سدرين ، مرجع سابق ، ص 13 .

وتبيع لأعضائها بسعر التّكلفة [1] .

يظهر التّداول بوضوح في تجارة التّوزيع خاصّة ، سواء بالجملة أو بالتّفصيل ، حيث تنتقل السّلعة غالباً أكثر من مرّة، قبل أن تصل المستهلك الّذي ينتهي عنده التّداول .

والملاحظ أنّ «معيار التّداول يعتمد على مظهر مادّي ملموس وهو حركة الثّروة وتداولها ، بعكس معيار المضاربة الّذي يعتمد على أمر نفسي داخلي هو نيّة تحقيق الرّبح...» [2].

لقد أخذ المشرّع التّونسي بنظريّة التّداول في الفصل 2 م.ت. كأحد المعايير الاقتصادية الّتي تحدّد تجاريّة النّشاط المحترف ، فإذا احترف شخص أحد أعمال التّداول كنشاط رئيس له، فإنّ هذا النّشاط يعتبر نشاطاً تجارياً يمنح محترفه صفة التّاجر القانونيّة ويخضعه لأحكام القانون التّجاري .

وقد حاول بعض الفقهاء وعلى رأسهم لاكور وبوترون LACOUR et BOUTERON الجمع بين معياري المضاربة والتّداول [3] ، تفادياً للانتقادات الموجّهة إلى كلّ من النظريتين، فيكون العمل تجارياً إذا توفّر فيه قصد الرّبح مع تعلّقه بتداول السّلع ، ومع ذلك فإنّ هذا المعيار المزدوج يبقى قاصراً رغم وجاهته عن تفسير كلّ الأعمال التجاريّة [4].

جـ - معيار التوسّط Entremise :

يُعرّف الوسيط بأنّه : «كلّ شخص يتدخّل في الحركة التجاريّة (تجارة جملة أو نصف جملة أو بالتّفصيل)، أو يتدخّل في تحقيق عمليّة تجاريّة (كالوكيل التّجاري أو الوسيط بالعمولة أو السّمسار)» [5] .

---

(1) – سعيد يحيى ، المرجع السّابق ، ص 38 .

(2) – زهير عباس كريم ، مبادئ القانون التّجاري ، مكتبة دار الثّقافة والنّشر والتّوزيع ، عمّان، 1995 ، ص 37 .

(3) - Ency. D. Com., (actes de commerce), p. 5, n° 44.

(4) – انظر ، محمود مختار البريري ، مرجع سابق ، ج. 1، ص 71 و 72 و 76.

(5) - Grand Larousse Universel, Op. Cit., T. 8, p. 5635.

وقد قال بنظريّة التوسّط الأستاذان ليون كان وريتو LYON - CAEN et RENAULT . وبموجبها تثبت الصّبغة التّجاريّة للأعمال القانونيّة الّتي تقوم على الوساطة بين المنتج والمستهلك .

«تقترب نظريّة الوساطة في معناها من نظريّة التّداول ، وإن كانت الوساطة أوسع وأشمل، إذ تندرج تحتها بعض الأعمال القانونيّة الّتي لا يشملها التّداول، كما هو الشّأن بالنّسبة لجميع الأعمال القانونيّة الّتي يقوم بها الوسطاء دون أن يترتّب عليها تحريك السّلعة ...» [1] .

يبدو أنّ هذا المعيار أيضاً لا يصلح لوحده لتحديد تجاريّة كلّ الأعمال الّتي تعتبر قانوناً تجاريّة ، لأنّ بعضها لا يتضمّن أيّ وساطة ، كما هو الحال بالنّسبة للأوراق التجاريّة الّتي استوجب المشرّع تجاريّتها بالنّظر إلى اعتبارات مستمدّة من مقتضيات الحياة التجاريّة [2] .

وقد نصّت المجلّة التجاريّة التونسيّة على التوسّط كمعيار مُحدّد لتجاريّة الحِرف في الفصل الثّاني منها ، فكلّ من يحترف نشاطاً رئيساً يقوم على الوساطة يكون عمله هذا تجارياً يجعل منه تاجراً ويخضعه للقانون التّجاري.

ثانياً - معيار دخيل (معيار الإنتاج Production) :

لم يكتف المشرّع التونسي بالمعايير المألوفة في الفقه التّجاري على كثرتها (الحِرفة - المؤسّسة - المضاربة - التّداول - التوسّط) ، بل أخذ أيضاً بمعيار غريب عنها لم يقل به الفقهاء ، إلاّ أنّه يُمكّن من إدخال الصّناعة في ميدان التّجارة ، وهو ما استقرّ عليه الحال في الكثير من التّشريعات، وهو معيار الإنتاج .

أ - زجّ معيار الإنتاج بين معايير التجاريّة :

«يشكّل الإنتاج الفعل الأساسي في الفاعليّة الاقتصاديّة، لأنّه يقدّم السّلع الضروريّة لكفاية الحاجات . وتستعمل السّلع المنتجة إمّا لكفاية فوريّة

---

(1) - علي حسن يونس ، مرجع سابق ، ج. 1 (نظريّة العمل التّجاري والتّاجر) ، ص 138.

(2) - حافظ محمد ابراهيم ، مرجع سابق ، ص 52 .

- انظر أيضاً ، شكري أحمد السّباعي ، مرجع سابق ، ج. 1 ، ص 292 ، 293 .

ومباشرة لحاجات المنتجين (استهلاك ذاتي) وإمّا للبيع محققة للبائع الحصول على إيراد (دخل) ...»[1].

يعرّف الإنتاج بأنّه : «مجموعة الوسائل الّتي تؤدّي إلى خلق أشياء أو خدمات جديدة» [2] .

بتحليل هذا التّعريف يتّضح أنّ أعمال الإنتاج تتجلّى بأحد مظهرين :

- الأوّل يكون المنتوج فيه أشياء ماديّة كالسّلع والبضائع، أو أشياء معنوية كالإنتاج الذّهني .

- أمّا المظهر الثّاني فيكون المنتوج فيه عبارة عن خدمات للغير كالنّقل والإشهار.

ولئن كان طبيعياً أن يأخذ المشرّع التّونسي بأغلب النظريات الفقهية لتحديد تجاريّة الأعمال ، فإنّه من المُلفت للنّظر أن يزجّ بمعيار الإنتاج كمعيار أساسي لتحديد الأنشطة الّتي تعتبر تجاريّة ، بل ويقدّمه على غيره من المعايير، وهو ما جاء بالفصل 2 م.ت. الّذي نصّ على أنّه : «يعدّ تاجراً كلّ شخص اتّخذ له حرفة من تعاطي أعمال الإنتاج أو التّداول أو المضاربة أو التوسّط، فيما عدا الحالات المنصوص عليها بالقانون ...».

هذا يعني أنّ من يحترف نشاطاً إنتاجياً يكون عمله تجاريًا يُكسبه صفة التّاجر القانونيّة ، ما عدا الحالات الّتي ينصّ عليها القانون .

ب - تقدير معيار الإنتاج :

في الوقت الّذي نرى فيه الكثير من التّشريعات لا تضع ضوابط العمل التّجاري وتترك الأمر للفقه ، وتكتفي بتعداد الأعمال التجاريّة ، نجد أنّ المشرّع التّونسي قد جمع أغلب المعايير الممكنة في فصلٍ واحدٍ . وأضاف إليها معيار الإنتاج ، ممّا يؤدّي إلى توسيع نطاق التجاريّة واستيعاب الأعمال التجاريّة المعروفة وأيضاً الحالات المستقبليّة .

---

(1) - أميل عيسى هلال ، الموجز في مبادئ الاقتصاد السّياسي ، المجلّد الأول ، (الناشر وعاصمة النّشر غير معروفين) . 1978 ، ص 133 .

(2) - Grand Larousse Universel, T. 12 , Hardes a Journal , Larousse, Paris, 1983, p. 8488.

وزيادة في التّوضيح قام المشرّع في الفصل نفسه بتعداد الأنشطة التجاريّة المعروفة وقت إصدار المجلّة ، فجاء الفصل الثّاني تفصيلياً ، يُعرّف بالتّاجر وبالأنشطة التجاريّة في آن واحد [1] .

بالنّسبة للمعايير الأربعة الّتي تحدّد تجاريّة الحِرف، وهي (الإنتاج والتّداول والمضاربة والتوسّط)، فإنّ كلّ منها يكفي بمفرده لإضفاء الصّبغة التجاريّة على النشاط إذا زاوله الشّخص على سبيل الاحتراف . وتتداخل هذه المعايير أحياناً عند بعض الأعمال ، فلا يكون غريباً أن نجد عملاً من الأعمال هو بنفس الوقت من أعمال الإنتاج والمضاربة، أو يكون عملاً تداولياً وتوسّطياً وفيه المضاربة أيضاً .

ولا بدّ من الوقوف عند معيار الإنتاج قليلاً، لنتفهّم أسباب إدراجه بين معايير التجاريّة وأهمّية ذلك .

إنّ نشأة القانون التّجاري كانت مرتبطة بسيطرة الرّأسمالية على الحياة السياسيّة والاقتصاديّة . إذ «كانت الرّأسمالية ، في حاجة إلى وسط قانوني ملائم ، فحقّق لها ذلك قانون التجّار ... إنّه يسمّى القانون التّجاري لأنّ الرأسمالية التجاريّة ظهرت قبل الرأسمالية الصّناعية . ولا يمتدّ مجاله إلى الزّراعة والعقارات والصّناعات اليدويّة، لأنّ كلّ هذه كانت سابقة على ظهور الرأسمالية وعلى القانون الّذي يحميها...» [2].

إذن الأسباب التاريخيّة استبعدت الإنتاج الفلاحي والإنتاج الصّناعي اليدوي من ميدان التّجارة ، أمّا الإنتاج الصّناعي الرّأسمالي فكان ظهوره لاحقاً للرأسمالية التجاريّة . وطبعاً في المفهوم الاقتصادي يبقى الإنتاج بعيداً عن ميدان التّجارة ، لأنّ مرحلة الإنتاج تسبق مرحلة دخول السّلعة في نطاق المضاربة والتّداول التّجاري .

---

(1) – انظر ، بحثنا : «قيام صفة التّاجر في التّشريع التّونسي»، رسالة بحث لنيل شهادة الدّراسات المعمّقة في القانون الخاص ، كلية الحقوق والعلوم السياسيّة بتونس ، السنة الجامعيّة 1993 – 1994 (دورة فيفري 1995) ، ص 61 .

(2) – ثروت أنيس الأسيوطي ، المرجع السّابق ، ص 92 .

إلاّ أنّه في ظلّ السّياسة الرّأسمالية الّتي انعكست على التّشريعات التجاريّة، تمّ إدراج الإنتاج الصّناعي في مفهوم التّجارة، كالتّشريع الفرنسي الّذي أدرج الأعمال الإنتاجيّة بين الأعمال التجاريّة وذلك في الفصل 632 من المجلّة التجاريّة الّذي كان ينصّ عند صدور المجلّة على أنّه : «تعتبر بحسب القانون أعمالا تجارية :

- كلّ شراء لمأكولات أو بضائع لإعادة بيعها سواء على حالها أو بعد شغلها وتهيئتها ...
- كلّ مؤسّسة تصنيع...» [1] .

وقد حذت الكثير من التّشريعات حذو التّشريع الفرنسي، بل نقلت بعضها النصّ الفرنسي نفسه ، ومنها القانون التّجاري المصري في الفصل 2 منه ، وكذلك الفصل 2 من قانون التّجارة المغربي .

المشرّع التّونسي أخذ بمعيار الإنتاج صراحة في الفصل 2 من المجلّة التجاريّة واعتمده في تحديد تجاريّة الحرف ، ثم وبمقتضى الفصل ذكر العديد من الأعمال الإنتاجيّة كأمثلة على الأعمال الّتي تعدّ حِرفاً تجاريّةً : «... ويعدّ تاجراً بالخصوص كلّ من يباشر على وجه الاحتراف :

- استخراج المواد الأوليّة .
- صنع المواد المكيّفة وتحويلها...».

وفي ذلك تماشٍ مع التوجّه الغالب للتّشريعات الّتي قبلت باعتبار الإنتاج من الميدان التّجاري وبالخصوص ميدان الصّناعات الكبرى .

وبما أنّ الكثير من التّشريعات قبلت باعتبار الإنتاج من الأعمال التجاريّة، فإنّ الشرّاح والفقهاء سلّموا بذلك، وأدخله الكثير منهم في تعريفاتهم بالعمل التّجاري ، فالأستاذ عبد العزيز كحيل مثلاً يقول : «أمّا باعتبار الاصطلاح القانوني فالتّجارة تشمل الصّناعة ، وعلى ذلك فالمهن بمقتضى القانون تنقسم إلى نوعين زراعة وتجارة ، والأولى تدخل تحت الأحكام المدنيّة دون غيرها ، والثانية تسري عليها الأحكام التجاريّة فقط ، فينتج ممّا تقدّم

---

(1) - Art. 632 C. Comm. F. «La loi répute actes de commerce :
- Tout achat denrées et marchandises pour les revendre, soit en nature, soit après les avoir travaillées et mises en œuvre...
- Toute entreprise de manufactures...».

أنّ التّجارة هي الاشتغال بتغيير هيئة المواد الأصليّة أو نقلها أو استبدالها بغيرها للحصول على ربح ...» [1] .

ويؤكّد الأستاذ توماس كوكرن Tomas C. COCHRAN العلاقة بين إدماج الإنتاج في ميدان التّجارة وبين النّظام الرّأسمالي قائلاً : «إنّ عبارة (الأعمال التجاريّة) في نظر مختلف القرّاء تعني أشياء مختلفة ، محورها نظام اجتماعي لإنتاج وتوزيع سلع وأداء خدمات بقصد الرّبح . ولا يوجد لفظ تندرج تحته هذه الأغراض إلاّ كلمة «رأسمالية»...» [2].

وهكذا استقرّ الإنتاج في التّشريعات على أنّه جزء من الحياة التجاريّة، عدا ما يستبعده كلّ تشريع من أنشطة انتاجية ، ويبقيه خاضعاً للقانون المدني. لذا يجدر بنا تحرّي الأنشطة المستثناة من الميدان التّجاري، وخصوصاً في التّشريع التّونسي .

الفقرة الثانية : الأنشطة المستثناة من الميدان التّجاري

إنّ ما ورد في المجلّة التجاريّة التونسيّة يؤكّد صراحةً على استبعاد النّشاط الفلاحي من الميدان التّجاري ، وهناك أنشطة أخرى وردت في نصوص خاصّة أو استقرّ الفقه على عدم اعتبارها أنشطة تجاريّة .

أوّلاً : الاستثناء الوارد بالمجلّة التّجارية (النّشاط الفلاحي)

مبدئياً يُعتبر النّشاط الفلاحي مدنياً لا يخضع لأحكام القانون التّجاري، إلاّ أنّه في بعض الحالات يمكن أن يدخل ميدان التّجارة .

أ - استبعاد النّشاط الفلاحي مبدئياً :

رغم أنّ النّشاط الفلاحي من الأنشطة الإنتاجيّة ، ومع ذلك فلا يعتبر من الأعمال التجاريّة ، وذلك لاعتبارات تاريخيّة واجتماعيّة واقتصاديّة .

---

(1) – عبد العزيز كحيل ، شرح قانون التّجارة المصري ، مطبعة المقتطف ، القاهرة ، 1885 ، ص 3 و 4 .

(2) – توماس كوكرن ، تطوّر الأعمال التجاريّة في العالم الجديد ، ترجمة وايت ابراهيم ، دار الكرنك للنّشر والطّبع والتّوزيع ، القاهرة ، 1963 ، ص 6 .

فالاستغلال الفلاحي سابق تاريخيّا لظهور التّجارة ويؤطره القانون المدني. كما أنّ الفلاّحين يشكّلون طبقة اجتماعيّة كادحة مختلفة كلّيا عن طبقة التجّار ، ولها عاداتها وأساليبها [1] .

ومن النّاحية الاقتصاديّة يتأثّر الاستغلال الفلاحي بالتقلّبات الطبيعيّة، ولا يمكن حساب ثمن التّكلفة بصورة مسبقة .

لهذه الاعتبارات عَمَدَ الكثير من التّشريعات إلى استبعاد النّشاط الفلاحي صراحة من الميدان التّجاري . من ذلك مثلاً ما جاء بالفصل 3 من قانون التّجارة المصري، إذ ينصّ على أنّه : «إذا باع أحد أصحاب الأراضي أو المزارعين المحصولات النّاتجة من الأراضي المملوكة أو المزروعة بمعرفته ، فلا يعدّ هذا البيع عملاً تجاريّاً» [2] .

والمشرّع التّونسي قد سار بنفس الاتّجاه ، حيث نصّت الفقرة الأخيرة من الفصل 2 م.ت. : «... على أنّه لا يعتبر تاجراً من كان يحترف الفلاحة إذا كان عمله مقصوراً على تحويل محصولات أرضه وبيعها».

والميدان الفلاحي لا يقتصر على الأعمال الزراعيّة ، بل يلحق به تربية الحيوان [3] وكذلك الصّيد المائي .

---

(1) - Alain COURET , Activités agricoles et activités commerciales : Leurs domaines respectifs, R.T.D. Com. 1980, p. 277 et suiv. notam. p. 278.
- انظر ، رمضان الجلاصي ، القانون والفلاحة ، قت. نوفمبر 1985 ، ص 11 وما ب.
- أيضاً ، محمد عبد القادر الحاج ، شرح القانون التّجاري اليمني ، (الناشر وعاصمة النّشر غير معروفين)، ص 70.

(2) - بنفس المعنى ، (الفقرة 1 من ف. 11 من قانون التّجارة الكويتي . والفقرة 1 من ف. 16 من قانون التّجارة اليمني).

(3) - ينصّ الفصل 2 من قانون عدد 71 لعام 1962 المتعلّق بالاداء الفلاحي على أنّ : «الاداء الفلاحي يوظّف على منتجات مزارع البقول والأشجار المثمرة والنّخيل والغابات والحيوان وتربية الطّيور والنّحل».

1 - الزّراعـــة :

تُعتبر الأعمال الزراعيّة أعمالاً مدنيّة ، ويُجمع الفقه على أنّ كلّ النّشاطات الّتي ترمي إلى تحقيق إنتاج زراعي انطلاقاً من فلاحة الأرض تكون لها صبغة فلاحية [1] .

وتشمل كلّ التصرّفات القانونيّة الملازمة لها، من استئجار الأرض وشراء البذور والأسمدة والآلات الزراعيّة وإبرام عقود العمّال وإيداع المحاصيل في المخازن وبيعها .

ورغم أنّ محترف الفلاحة والزّراعة يقوم بنشاط إنتاجي، إلا أنّه لا يعدّ تاجراً ولا يعتبر عمله تجارياً . ويندرج تحت النّشاط الزّراعي العديد من الأنواع كزراعة الخضروات والغلال والأشجار المثمرة وغيرها [2].

2 - تربيـــة الحيـــوان :

يعتبر هذا النّشاط من الأعمال التّابعة والملحقة بالأعمال الفلاحيّة، لأنّ تربية الحيوانات عادة ما تكون مترافقة مع الزّراعة، وتشمل الحيوانات والطّيور والنّحل، فهي أعمال مدنيّة إذا قام بها الفلاّح في إطار استغلاله الفلاحي العادي ، وقد نصّت الفقرة 1 من الفصل 3 م.ش. على أنّه : «تعتبر ذات صبغة فلاحيّة المؤسّسات العموميّة أو الخاصّة أو التعاضديات والجمعيّات الّتي تباشر خاصّةً نشاطها في الميادين الآتية :

- ... تربية الحيوان وإنتاج اللّبن وتربية الدّواجن والنّحل...».

كما يمكن إلحاق تربية دودة القزّ المنتجة لخيوط الحرير الطّبيعي بهذا الميدان قياساً على تربية النّحل .

3 - الصّيـد المائـي :

ينظّم هذا الميدان الأمر الصّادر في 26 جويلية 1951 المتعلّق بضبط الصّيد البحري . وقد عرّفه الفصل الأوّل من هذا الأمر على النّحو التّالي :

---

(1) - Mohamed Naceur LOUED, Observations à propos de l'article 2 alinéa final du code de commerce relatif à la nature juridique de l'activité agricole en Droit tunisien, Actualités Juridiques Tunisiennes (A.J.T.), Ed. Fac. Dr. Scien. Pol. Tunis, n° 8, 1994, p. 80.

(2) - انظر، الفصل 3 من مجلّة الشّغل التّونسيّة الصّادرة بالقانون عدد27 تاريخ 30أفريل 1966.

«يسمّى صيداً بحرياً كلّ صيد وقع في البحر وعلى السّواحل وفي الغدران والبحيرات المالحة وفي الأنهر وفي الأودية وفي البواغيز [1] المتّصلة مباشرة أو غير مباشرة بالبحر إلى الحدّ الّذي تنتهي إليه ملوحة المياه...».

إنّ تعاطي الصّيد المائي يخضع لنفس الأمر السّابق، بموجب الفصل الثّاني منه، ولا يعتبر عملاً تجارياً حتى لو كان نشاطاً رئيساً لمحترفه [2].

ويخضع الصّيد البحري أيضاً لنظام الملاحة الوارد في الكتاب الأوّل من مجلّة التّجارة البحريّة الصّادرة في 24 جويلية 1962 [3] .

ب - إمكانية خضوع النّشاط الفلاحي للقانون التّجاري :

بالرّجوع إلى الفقرة الأخيرة من الفصل 2 م.ت. نلاحظ أنّ عدم خضوع الفلاّح للقانون التّجاري مشروط باقتصار نشاطه على تحويل محصولات أرضه وبيعها [4] ، وهذا يعني - حسب القراءة العكسيّة لهذه الفقرة - أنّه يمكن أن يكون تاجراً الفلاّح الّذي لا يقتصر نشاطه على تحويل محصولات أرضه وبيعها .

أي أنّ المشرّع التّونسي أخذ بعين الاعتبار مصدر الانتاج لتحديد الصّبغة المدنيّة أو التجاريّة للنّشاط الفلاحي .

ونتساءل هل أنّه يكفي أن يتجاوز إنتاج الفلاّح منتوجات أرضه لكي يعدّ نشاطه تجاريّا ، كأن يصنع الأجبان من حليب مزرعته بالإضافة إلى ما يشتريه من المزارع المجاورة ؟

القضاء الفرنسي أجاب على المسألة اعتماداً على كمّية الإنتاج المشترى من الغير ، فإذا كانت أكثر من الكمّية المنتجة من مزرعة الفلاح فإن نشاطه

---

(1) - البوغاز : هو جزء من الماء محصور بين برّين موصل بين بحرين ، مُنجد الطلاّب ، مرجع سابق ، ص 39 .

(2) - انظر ، قر.تع. إداري عدد 111 مؤرّخ في 30 أكتوبر 1980 ، مج.قر.إداريّة 1980 ، ص 35.
- أيضاً . قر.تع. إداري عدد 112 مؤرّخ في 11 ديسمبر 1980 ، مج.قر.إداريّة 1980، ص 444.

(3) - نُشرت هذه المجلّة في الرّائد الرّسمي. عدد 22 بتاريخ 27 أفريل 1962 وعدد 4 ماي 1962.

(4) - انظر ، تع.مد. عدد 4338 مؤرّخ في 9 نوفمبر 1981 ، ن.مح.تع. 1981 ، ج. 4 ، ص 78.

يكون تجارياً [1] ، وهو ما أكّده مثلاً القرار الاستئنافي لمحكمة بوردو بشأن فلاّح يشتري الخمور والمواد الغذائيّة ليبيعها مع منتوجاته بغاية تحقيق الرّبح [2] .

وإذا كان المشرّع التّونسي قد اعتمد في الفصل 2 م.ت. معيار مصدر الإنتاج لتحديد الصّبغة التجاريّة أو المدنيّة للنّشاط الفلاحي، إلاّ أنّه لم يشترط حداً أدنى للاستعانة بمنتوج الغير ، واكتفى باعتبار الفلاح تاجراً لمجرّد أن عمله لايقتصر على تحويل محصولات أرضه .

ولجأ المشرّع التّونسي إلى معيار آخر في مجلّة الشّغل ، حيث جاء في الفقرة 3 من الفصل الثّالث منها : «ولا تعتبر مؤسّسات فلاحية بل تعتبر محلاّت تجاريّة وصناعيّة جميع الأنواع الآتية ، ولو كانت في قالب تعاضديات فلاحيّة :

4 - ...

5 - معاصر الزّيتون والمراجل ، ومعامل التّقطير ، ومعامل الحليب والجبن، ومعامل التصبير ، وبصفة عامة جميع المعامل وأجزاء المعامل المعدّة لتحويل المنتوجات الفلاحيّة ، ولو كانت مضافة لضيعة فلاحيّة ، ماعدا المعامل الّتي لا تشغّل إلا بوسائل الصّناعة التقليديّة لتحويل المادّة الأوليّة...».

إنّ المشرّع التّونسي بهذا الفصل أخذ بمعيار الوسائل المستعملة في التّحويل، فإذا كانت هذه الوسائل تقليديّة بسيطة فالنّشاط مدني ، أمّا إذا استعملت وسائل حديثة في المعامل المعدّة لتحويل الإنتاج الفلاحي فيكون النّشاط تجارياً يمنح مُحترِفه صفة التّاجر [3] .

وللتّوفيق بين الفقرة الأخيرة من ف. 2 م.ت. والفقرة 3 من ف. 3 م.ش، يمكن اعتبار المعيار الوارد في المجلة التجاريّة معياراً عاماً ، في حين أنّ المعيار الوارد في مجلة الشغل هو استثناء من محتوى النصّ العام ، وذلك رغبة من المشرّع التّونسي في مسايرة التطوّرات الحاصلة في الميدان الفلاحي وإدخال بعض الأنشطة في الميدان التّجاري.

---

(1) - N. MEZGHANI, Op. Cit., Vol. 1, p. 75 et 76.

(2) - Cour de Bordeaux (arrêt Dubos, C. Fourton) , 12 juillet 1848, D. 1849, T. 2, p. 108.

(3) – انظر، قر.تع. إداري عدد 181 مؤرّخ في 24 مارس 1983، ن.مح.تع. 1983، ج. 1، ص 319.

وبعد أن كانت عمليات التّحويل في المنتوج الفلاحي تتمّ بصورة تقليديّة وبسيطة وتعتمد على جهد الفلاّح وأفراد أسرته، أصبحت على شكل معامل وتتمّ بوسائل عصريّة متطوّرة، بصورة يصعب فيها التّمييز بين المؤسّسات الزّراعية والمؤسّسات الصناعيّة التجاريّة .

لعلّ هذا الموقف من المشرّع التّونسي يمثّل الخطوة الأولى في توجيه الميدان الفلاحي نحو التجاريّة Commercialité ، فإذا كان مقبولاً أن تبقى المشاريع الفلاحيّة الصّغرى خارج الميدان التجاري ، فإنّه من المنطقي أن تُدرج المشاريع الفلاحيّة الكبيرة على الأقلّ في عداد الأنشطة التجاريّة، للتّشابه الكبير بينها [1] .

ثانياً : الاستثناءات الواردة بغير المجلّة التجاريّة

يمكن تقسيم هذه الاستثناءات – الّتي وردت في قوانين خاصّة – إلى ثلاثة أصناف، وهي : الحِرف اليدويّة والإنتاج الذّهني والمهن الحرّة .

أ - الحِرف اليدويّة L'arsitant :

يُعرّف الفصل الأوّل من القانون الأساسي للحِرفيّين [2] بالحِرفة اليدويّة وبأهمّ عناصرها، حيث ينصّ على أنّه: «يقصد بقطاع الحِرف حسب مفهوم هذا القانون جميع نشاطات الإنتاج والتّحويل والتّصليح وإسداء الخدمات الّتي تعتمد أساساً على العمل اليدوي، والّتي يتعاطاها أصحابها كمهن رئيسيّة مستمرّة تابعة لأحد الفروع الّتي يقع ضبط قائمتها بقرار من وزير

---

(1) – زكي زكي الشعراوي ، الوجيز في القانون التّجاري ، ج. 1، مكتبة نهضة الشّرق ، القاهرة، ط. 3 ، 1985 ، ص 37 .

(2) – قانون عدد 106 مؤرّخ في 3 ديسمبر 1983، رائد رسمي. عدد 79 تاريخ 6 ديسمبر 1983، ص 4250.

السياحة والصّناعات التقليديّة...»[1].

وقد يمارس هذا النّشاط من طرف حِرفي artisan بصورة مستقلّة، وهو الشّكل الأكثر رواجاً ، أو من خلال مؤسّسة حرفيّة ، وهو شكل حديث إمّا في شكل مؤسّسة فرديّة أو شركة أو تعاضديّة .

1 - الحِرفي المستقلّ :

جاء بالفصل 2 من القانون الأساسي للحرفيّين : «تطلق كلمة حِرفي حسب مفهوم هذا القانون على كلّ عامل مستقلّ بذاته، يمارس نشاطاً في الصّناعات الحرفيّة - كما وقع ضبطها بالفصل الأوّل من هذا القانون - ويُثبت كفاءة مهنيّة يقع ضبط شروطها بأمر».

المُلاحظ أنّ الحِرفي يختلف عن العامل العادي باستقلاليته في العمل، وتمتعه بكفاءة مهنيّة قد لا تتوفّر في العامل العادي ، كما أنّ الحِرفي يعمل لحسابه ويقوم بتصريف إنتاجه بحرّية كاملة .

ولا يعدّ النّشاط الحِرفي من الأنشطة التجاريّة [2] ، لعدم التّركيز على المضاربة على جهد الآخرين ورأس المال ، بل يكون الاعتماد على الجهد الشّخصي

---

(1) - صدر قرار من وزيري الاقتصاد الوطني والسّياحة والصّناعات التقليديّة بتاريخ 3 نوفمبر 1984 لضبط قائمة الحرف اليدويّة والصّناعات التقليديّة ، حيث قسّمت إلى ثلاث أصناف :

أ - حِرف فنّية : كالنقّاشين وصانعي الحلي والمطرّزين وصانعي العطور وتجّار الأزهار والمصوّرين والخطّاطين وغيرهم.

ب - حِرف ذات صبغة نفعيّة : كالنسّاجين وصانعي الشّاشية والفصّالين والخيّاطين وتجّار الملابس القديمة والدبّاغين وصانعي الأحذية التّقليديّة والخبّازين والجزّارين وأصحاب المقاهي والمطاعم والنجارين وصانعي الفخّار وغيرهم .

جـ - حِرف خدميّة : كالحلاّق وصاحب الحمّام والميكانيكي والكهربائي والحدّاد والبنّاء والدهّان وغيرهم .

(2) - Cf., Jean CALAIS-AULOY, Grandeur et décadence de l'article 632 du code de commerce, Etudes de Droit commercial (mélanges Cabrillac), Librairies Techniques, Paris, 1968, p. 40.

للحرفي. إلاّ أنّه تدقّ التّفرقة أحياناً بين الحِرفي والصّناعي أو التّاجر الصّغير[1].

2 – المؤسّسة الحرفيّة L'entreprise artisanale :

يُعرّفها الفصل السّابع من القانون الأساسي للحرفيّين على النحو التالي: «تعتبر مؤسّسة للصّناعات الحِرفيّة حسب مفهوم هذا القانون ، كلّ مؤسّسة فردية أو شركة أشخاص أو تعاضديّة تتميّز بالخاصّيات التّالية :

– أ – ممارسة نشاط في قطاع الصّناعات الحرفيّة حسب التّعريف الوارد في الفصل الأوّل من هذا القانون .

– ب – تشغيل أقلّ من عشرة أشخاص بقطع النّظر عن رئيس المؤسّسة وعن أفراد أسرته من آباء وأبناء وزوج ، وذلك عندما يكون لرئيس المؤسّسة صفة الحِرفي، إلا إذا رخّص وزير السّياحة والصّناعات التقليديّة في تجاوز ذلك العدد بعد أخذ رأي اللّجنة الجهويّة للصّناعات الحرفيّة المشار إليها بالفصل 5 وحسب الشّروط المنصوص عليها بالفصلين 10 و11 من هذا القانون .

– ج – تسيير المؤسّسة من طرف حِرفي حسب الباب الثّاني من هذا القانون، أو بمشاركة حِرفي واحد على الأقلّ يتولّى التسيير الفنّي للمؤسّسة عندما لا تكون لرئيسها صفة الحِرفي ، غير أنّه لا يمكن لأيّ حِرفي أن يتولّى تسيير أكثر من مؤسّسة واحدة، عدا الحالات الاستثنائيّة الّتي يرخّص فيها وزير السّياحة والصّناعات التقليديّة».

ب – المهن الحرّة Les professions libérales :

وهي المهن الّتي يحتاج محترفها إلى كفاءة علميّة خاصّة أو مهارة فنّية[2]. وتقوم أساساً على الملكات الفكريّة الّتي يستثمرها صاحب المهنة الحرّة للحصول

---

(1) - Cf., N. MEZGHANI, Op. Cit., Vol. 1, p. 99 et 100.

(2) – حسن رسمي سليم ، الوجيز في القانون التجاري ، مكتبة الآداب ، الجماميز (طبعة غير مؤرّخة) ، ص 40 .

على مقابل لما يؤدّيه من خدمات للغير [1] ، وبهذا تختلف المهن الحرّة عن الحرف اليدويّة الّتي تعتمد على العمل اليدوي ، إلاّ أنّه كثيراً ما يتداخل هذان القطاعان لدرجة يصعب معها التّفريق بينهما .

يجمع الفقه على أنّ المزاولين لهذه المهن لا يسعون في الأصل إلى المضاربة من أجل تحقيق الأرباح ، وإنّما يساهمون في تشييد المجتمع وازدهاره ، مقابل أجرة شرفيّة Honoraire لا تتناسب مع الجهد المبذول لانجاز العمل ، فضلاً عن كون هذه المهن تقوم على الثّقة والشّرف وحسن الأخلاق وصفاء الضّمير والكفاءة العلميّة [2] .

وتعتبر المهن الحرّة من مستثنيات الأنشطة التجاريّة [3] ، وتخضع للقانون المدني أو لأنظمة مهنية خاصّة (كالطبّ والمحاماة) ، كما تخضع لنظام ضريبي غير نظام الضّرائب المطبّق على المهن التجاريّة [4] ، وهو ما يؤكّده الفصل 8 من مجلّة الضريبة على دخل الأشخاص الطبيعيّين والضّريبة على الأشخاص [5].

كما ينصّ الفصل 21 من نفس المجلّة على أنّه : «تعتبر متأتّية من تعاطي مهنة غير تجاريّة الأرباح الّتي يحقّقها أصحاب المهن الحرّة ...».

وتقوم المِهن الحرّة في أساسها على الثّقة الشخصيّة بين صاحب المهنة والمتعاملين معه ، وبالتّالي تخضع العلاقة بينهما لأحكام العقود الّتي تقوم على الاعتبار الشّخصي [6] . ويؤكّد الطّابع الشّخصي للمهن الحرّة القرار التّعقيبي المؤرّخ في 14جوان 1982 الّذي جاء فيه: «حيث وطالما كانت مهنة الطّبيب مهنة

---

(1) – سعيد يحيى ، مرجع سابق ، ص 37 .

(2) – شكري أحمد السّباعي ، مرجع سابق ، ج. 1 ، ط. 1988 ، ص 335 .

(3) - Cf., Georges HUBRECHT et Alain COURET et Jean-Jacques BARBIERI, Droit Commercial (notions essentielles), 12è. éd., Sirey, Paris, 1991, p. 41.

(4) - Cf., N. MEZGHANI, Op. Cit., (Éd. 93-1994), Vol. 1, p. 63 et suiv.

(5) – صدرت بالقانون عدد 114 المؤرّخ في 30 ديسمبر 1989 ، رائد رسمي عدد 88 ، تاريخ 31 ديسمبر 1989 ، وأيضاًعدد 1 تاريخ 2 – 5 جانفي 1990 .

(6) – هشام فرعون ، مرجع سابق ، ج. 1 ، ص 77 .

شخصيّة لا تحال ولا تورث ولا يكسب صاحبها حقّا تجاريّاً بالمحلّ الّذي يتعاطاها فيه ، وهي مهنة تتطلّب الثّبات والإستعداد البدني والفكري لدى متعاطيها...»[1] .

هذا يعني أنّ المهنة الحرّة تنتهي بانتهاء قدرة متعاطيها على الاستمرار بمزاولتها كحالة العجز أو الهرم ، وفي هذا اختلاف عن المهن التجاريّة الّتي لا تتأثّر بذلك .

والمهن الحرّة كثيرة وليس من السّهل حصرها، لغياب المعايير الواضحة لتمييزها ، لذا يمكن اللّجوء إلى العُرف أو تحرّي النّصوص الخاصّة لمعرفة أهمّ هذه المهن وهي :

1 - مهنة المحاماة :

ينظّمها قانون تنظيم مهنة المحاماة الصّادر سنة 1989 [2] ، الّذي نصّ الفصل الأوّل منه على أنّ : «المحاماة مهنة حرّة ومستقلّة غايتها المساعدة على إقامة العدل».

مهنة المحاماة لا تعتبر مهنة تجاريّة [3] وأيضاً تتنافى مع الحِرف التجاريّة، وهو ما أكّده الفصل 23 من قانون المحاماة إذ ينصّ على أنّه : «لا يجوز الجمع بين المحاماة والأنشطة التّالية :

أ- تعاطي التّجارة بانواعها طبقاً لأحكام المجلّة التجاريّة .

ب- مباشرة المسؤوليّة في شركات أو مؤسّسات صناعيّة أو تجاريّة أومالية من شأنها أن تكسبه صفة التّاجر...».

---

(1) - تع.مد. عدد 6655 ، تاريخ 14 جوان 1982 ، ن.مح.تع. 1982 ، ج. 1 ، ص 33.

(2) - قانون عدد 87 تاريخ 7 سبتمبر 1989 ، رائد رسمي. عدد 61 تاريخ 12 سبتمبر 1989 ، ص 1371 .

(3) - مصطفى كمال طه ، القانون التّجاري اللّبناني ، ج. 1 ، دار النّهضة العربيّة، بيروت ، ط. 1، 1969 ، ص 74 .

إلاّ أنّ هذا الفصل يتعارض مع ما جاء بالقانون عدد 65 لعام 1998 المتعلّق بالشّركات المهنيّة للمحامين [1] ، الّذي أجاز الفصل الرّابع منه للمحامين بعث شركات مهنية ذات شكل تجاري (خفية اسم أو ذات مسؤوليّة محدودة)، وهي شركات تخضع للقانون التّجاري رغم أنّها تمارس نشاطاً مدنياً، كما سنرى لاحقاً عند دراسة الشّركات التجاريّة .

2 - مهنة الهندسة :

يعتبر عمل المهندس من الأعمال المدنيّة ، وتعتبر مهنته من المهن الحرّة إذا مارسها بصفة مستقلّة ولحسابه الخاصّ ، وهو ما نصّ عليه الفصل 11 من مجلّة الواجبات المهنية للمهندسين المعماريين (المصادق عليه بالأمر عدد 1033 بتاريخ 4 نوفمبر 1983).

وقد نصّ الفصل 2 من قانون تنظيم مهنة المهندس المعماري (الصّادر تحت عدد 46 تاريخ 22 ماي 1974) على تنافي مهنة المهندس مع بعض المهن التجاريّة، إذ جاء فيه أنّه : «لا تتلائم مهنة المهندس المعماري مع مهنة المقاول أو الصّانع أو المزوّد بالموادّ أو الأشياء المستعملة في البناء أو السّمسار في الأمتعة العقاريّة ...».

وأيضاً الفصل 25 من مجلّة الواجبات المهنية الّذي ينصّ على تعارض مهنة المهندس مع بعض المهن التجاريّة الأخرى (مقاول بناء - سمسار عقاري، تاجر مواد بناء ...)، كما منع المهندس من كلّ إشهار ذي طابع تجاري (فصل 29 من نفس المجلّة).

3 - المهن الطبيّة وشبه الطبيّة :

يغلب على هذه المهن الطّابع الانساني والخدمة الاجتماعيّة، ويُفترض فيها الترفّع عن المادة والبعد عن روح التّجارة ، وأهمّ هذه المهن :

- الطّبيب : لا تعدّ مهنة الطبّ من المهن التجاريّة، سواء كان طبيباً عامّاً أو اختصاصيّاً وسواء كان طبيب أسنان أو طبيباً بيطريّاً .

---

(1) - صدر بالقانون 65 المؤرّخ في 20 جويلية 1998 ، رائد رسمي، عدد 60 مؤرّخ في 28 جويلية 1998 ، ص 1676 .

وقد جاء في قرار صادر عن محكمة الاستئناف بتونس : «إنّ الطّبيب يقوم نحو حرفائه بجميع أنواع المعالجة والمداواة، معتمداً على ما له من المعارف العلميّة والمهارة الشخصيّة ... وحيث يتّضح من ذلك أنّ تعاطي طبّ الأسنان إنّما هو من قبيل الحرفة لا من قبيل الأعمال التجاريّة، ولا يكسب المحلّ صبغة الملك التّجاري ...» [1] . وهو ما أكّده كذلك القرار التّعقيبي المدني عدد 4090 المؤرّخ في 19 نوفمبر 1981 إذ جاء فيه : «إنّ عمل الطّبيب ليس فيه الصّبغة التجاريّة الّتي يتعاطاها التّاجر...» [2] .

وقد صدر قانون تنظيم مهنة طبيب وطبيب أسنان بتاريخ 13 مارس 1991 ، وتبعه الأمر عدد 1155 المؤرّخ في 17 ماي 1993 المتعلّق بمجلّة واجبات الطّبيب [3] ، الّتي نفت في الفصل 16 منها الصّبغة التجاريّة عن المهن الطبّيّة، إذ ينصّ على أنّه : «يجب ألاّ يمارس الطبّ كتجارة ويحجر على الأطبّاء استعمال وسائل الدّعاية والإشهار المباشرة وغير المباشرة...».

ولكنّ المصحّات الكبيرة الّتي يستغلّها الأطبّاء قد تُصبح تجاريّة ، خصوصاً وأنّ عنصر المضاربة على رأس المال وجهد الغير متوفّر فيها رغم اللّمسة الانسانيّة في نشاطها [4].

أمّا مهنة الصّيدلة فقد استقرّ الفقه والقضاء على اعتبارها مهنة تجاريّة، وخاصّة بعد أن انحسر دور الصّيدلي ليقتصر تقريباً على شراء وبيع الأدوية، ولم يعدّ تحضير الأدوية محلّياً إلاّ أمراً ثانوياً في عمله . ويخضع الصّيدلي للقانون عدد 55 تاريخ 3 أوت 1973 المنظّم للمهن الصّيدليّة ، (المنقّح بالقانون

---

(1) – حكم مدني استئنافي عدد 18727 تاريخ 29 جوان 1959 ، قت. أكتوبر 1959 ، ص 31.

(2) – انظر ، جوزيدة فيلة ، حقّ التّجديد وحقّ التّعديل في مُكرى التّجارة ، مطابع امبريتو، بيروت ، 1993 ، ص 68 .

– أيضاً ، تع.مد. عدد 23842 مؤرّخ في 27 جوان 1989 ، ن. مح. تع. 1989 ، ص 285 .

(3) – رائد رسمي، عدد 4 تاريخ 28 ماي وأول جوان 1993 .

(4) - Cf., Jacques BARDUL, Médecins et cliniques, Thèse pour le Doctorat, Fac. Dr. Univ. Paris, 1950, Librairie Dalloz, Paris, 1951, p. 11 et suiv.

عدد 75 تاريخ 3 أوت 1992) [1] . وكذلك المخابر الطبّية اعتبرت مهنةً تجاريّةً، لأنّها تتطلّب - بالإضافة للمهارة الفنّية والعلميّة - رؤوس أموالٍ كبيرةٍ وتستغلّ اسماً تجارياً [2].

- **المهن شبه الطبّية** : صدر القانون 74 لعام 1992 المتعلّق بشروط الممارسة الحرّة لهذه المهن [3] وكلّف وزير الصحّة بموجبه بضبط قائمتها ، وفعلاً صدر قرار وزير الصحّة العموميّة المؤرّخ في 4 ديسمبر 1993 [4]، ليحدّد هذه المهن [5] . وجميعها لا تعتبر مهناً تجاريةً رغم أنّ بعضاً منها ينطبق عليه معايير الصّبغة التجاريّة ، وقد حجّر الفصل 5 من القانون 74 لعام 1992 على أصحاب المهن شبه الطبّية استخدام الأساليب التجاريّة ، إذ ينصّ على أنّه «يمنع كلّ إشهار ذي صبغةٍ تجاريّةٍ منعاً باتاً ...».

4 - عدول الإشهاد والعدول المنفّذون :

اعتبر الفصل الأوّل من أمر 24 جوان 1957 [6] مهنة العدول صراحة

---

(1) - رائد رسمي. عدد 51 مؤرخ في 4 أوت 1992 ، ص 961 .

- انظر ، عبد الله عدلي ، التّشريعات في مهنة الصّيدلة ، مكتبة القاهرة الحديثة ، 1966 ، ص 73 وماب .

(2) - انظر ، تع.مد.عدد 5203 مؤرّخ في 2 جويلية 1981 ، ن.مع.تع. 1981 ، ج. 3، ص 18 .

(3) - رائد رسمي. عدد 51 مؤرخ في 4 أوت 1992 ، ص 959 .

(4) - رائد رسمي. عدد 95 مؤرخ في 14 ديسمبر 1993 ، ص 2118.

(5) -
1 - مصنّع الات سمع.
2 - اخصّائي في التّغذية.
3 - ممرض .
4 - نظاراتي .
5 - اخصّائي في تقويم النّطق والصوت والكلام.
6 - اخصّائي في تقويم البصر .
7 - اخصّائي في المداواة بالعلاج الطّبيعي.
8 - مصنّع أسنان .
9 - اخصّائي في العلاج النّفسي الحركي .
10 - قابلة .

(6) - رائد رسمي. عدد 51 مؤرخ في 25 جوان 1957 ، ص 1019 .

من المهن الحرّة [1] (ولهم صفة المأمور العمومي) ، وهي أيضاً من المهن الّتي تتنافي مع المهنة التجاريّة (ف. 36 من الأمر السّابق الذّكر) .

وقد أعيد تنظيم مهنة العدول Notaires حديثًا بقانونين منفصلين : الأوّل يتعلّق بتنظيم مهنة عدول الإشهاد [2] ، وقد حجّر الفصل 41 منه تعاطي التّجارة بكلّ أنواعها .والثّاني ينظّم مهنة عدول التّنفيذ Huissiers-Notaires وذلك بالقانون عدد 29 لعام 1995 [3].

5 - المُترجم المحلّف :

وينظّم هذه المهنة المرسوم عدد 14 لسنة 1960 [4] والّذي ينصّ الفصل 2 منه على ما يلي : «المترجمون المحلّفون يباشرون مهنة حرّة وتقع تسميتهم بقرار من كاتب الدّولة للعدل». كما نصّ الفصل 18 من نفس المرسوم على عدم جواز الجمع بين هذه المهنة والمهن التجاريّة .

6 - المدرّس :

يعتبر التّدريس أيضاً من المهن الحرّة ، أمّا بالنّسبة إلى أصحاب مؤسّسات التّعليم الخاصّة فيعتبر نشاطهم تجاريًا ، لأنّهم يضاربون على عمل الغير ويتوسّطون بين الطلاب والمدرّسين [5] .

---

(1) - جاء في قر.تع. عدد 8378 مؤرّخ في 7 جويلية 1983 أنّ «عدل التّنفيذ ليس بتاجر ، ولامكتبهُ ذو صبغة تجاريّة ...»، ن.مح.تع. 1983 ، ج. 2 ، ص 280.

(2) - قانون عدد 60 مؤرّخ في 23 ماي 1994 ، رائد رسمي. عدد 42 مؤرخ في 31 ماي 1994 ، ص 975 .

(3) - قانون عدد 29 مؤرّخ في 13 مارس 1995 ، رائد رسمي. عدد 23 مؤرخ في 21 مارس 1995، ص 495.

(4) - رائد رسمي. عدد 15 بتارخ 25 - 29 مارس 1960 ، ص 489 .

(5) - انظر ، تعليق الأستاذ محمد طريطر على قر.تع. عدد 23222 المؤرّخ في 18 - 12 - 1991. ويهتمّ بالتّمييز بين الحاضن ورياض الأطفال والمؤسّسات التعليميّة، قت . نوفمبر 1993، ص 86 .

- انظر أيضاً ، تع .مد. عدد 21383 مؤرّخ في 7 سبتمبر 1988 المتعلّق برياض الأطفال، قت. جوان 1990 ، ص 79 .

7 - خبير المحاسبة :

يُعرّفه الفصل الثّاني من القانون المنظّم لمهنة الخبراء المحاسبين [1] بكونه: كلّ شخص يمارس باسمه الخاصّ وتحت مسؤوليّته الخاصّة مهنة معتادة، تتمثّل في تنظيم ومراجعة وتعديل وتقدير حسابات الشّركات والمؤسّسات الّتي لا يكون مرتبطاً معها بعقد شغل .

فمهنة الخبراء المحاسبين هي أيضاً مهنة حرّة ، وتتنافى مع تعاطي أيّ نشاط تجاري (فصل 11 من قانون مهنة الخبراء المحاسبين) .

ويمكن ذكر مهن حرّة أخرى، كالمحكّمين والرّياضيّين والممثّلين وغيرهم، وجميعهم لا يُعتبر نشاطهم تجارياً .

ج - الإنتاج الذّهني Production intellectuelle :

يعتبر الإنتاج الذّهني (الفكري) كيفما كان عملاً مدنياً ، لأنّه عملٌ لم يسبقه شراء بنيّة البيع ، وإنّما هو ثمرة الفكر والقريحة والإلهام .

وقد عبّر عن ذلك الأستاذ لامارتان LAMARTAN بقوله : «إنّ فكرة المؤلّف مستمدّة من روح الله وهي بمثابة الإلهام ، وهي تهبط إلى عقله لتساعد البشر ثمّ تعود إلى قواعدها الأولى ، وتترك أثراً لمّاعاً في ذهنه وفي ذهن من انتفع بعبقريّته ...» [2] .

ولا يعتبر نشاط صاحب الانتاج الذّهني تجارياً، سواء قام بنشره بنفسه أو عهد بذلك إلى غيره [3] . وتترتّب للمنتج حقوقٌ يطلق عليها «حقوق الملكيّة الفكريّة» وتبدو في صنفين :

---

(1) - القانون عدد 108 المؤرّخ في 18 أوت 1988 ، رائد رسمي، عدد 56 مؤرخ في 26 أوت 1988 ، ص 1165.

(2) - هذه المقولة من تقرير رفعه الأستاذ لامارتان إلى الجمعيّة الوطنيّة عام 1841 في إطار مشروع حماية الملكيّة الأدبيّة الفرنسي .

- انظر ، عبد الرّؤوف تيتاي ، الإطار النّظري والاعتداءات المسلّطة ضدّ المصنّفات الأدبيّة والفنّية في تونس بين الواقع والقانون ، قت، جويلية 1988 ، ص 6 .

(3) - محمّد نخلي، الوجيز في القانون التّجاري، ط1، مكتبة البديع، مراكش ، 1994 ، ص 23 .

الأوّل : ويطلق عليه الملكيّة الأدبيّة والفنيّة : وتتعلّق بالفنّانين والمؤلّفين والأدباء، وما يترتّب على مصنّفاتهم المكتوبة والمسموعة والمرئيّة من حقوق .

والثّاني : حقّ الملكيّة الصناعيّة : وهو ما يتعلّق بالمخترعين والمبتكرين ومن ألحق بهم [1] .

ويكتسب المنتجون للمصنّفات الفكرية أو المخترعات نوعين من الحقوق :

الأوّل معنوي : ويتمثّل في حقّ المنتج أو المخترع في أن ينسب إليه وحده انتاجه أو اختراعه ولا يجوز للمنتج التّنازل عن هذا الحقّ للغير .

والثّاني مادّي : وهو حقّ المنتج والمخترع في الحصول على مقابل مادّي واستغلال هذا المنتوج أو الاختراع ، سواء تولّى الأمر بنفسه أوعهد بذلك للغير.

وقد سعت عديد التّشريعات إلى حماية حقوق الملكيّة الفكريّة بشقّيها الأدبي والصّناعي ، ويعتبر التّشريع التّونسي من أقدم التّشريعات العربيّة الّتي اهتمّت بهذا الموضوع ، حيث صدر أمر 26 ديسمبر 1888 المتعلّق ببراءات الاختراع. ثم أمر 3 جوان 1889 المتعلّق بالعلامات الصناعيّة والتجاريّة . ثمّ أمر 25 فيفري 1911 المتعلّق بالرّسوم والنماذج الصناعيّة [2] .

---

(1) – انظر ، صلاح الدّين النّاهي ، الوجيز في الملكيّة الصناعيّة والتجاريّة ، ط. 1 ، دار الفرقان للنّشر والتّوزيع ، عمّان ، 1983 ، ص 18 .

– أيضاً ، بلقاسم كريد وعبد الباقي كريد ، حماية العلامة التجاريّة في القانون التّونسي والقانون المقارن ، قت. أكتوبر1993 ، ص 271 .

(2) – سينوت حليم دوس ، تشريعات براءة الاختراع في مصر والدّول العربيّة ، منشاة المعارف، الاسكندرية ، 1988 ، ص 285 .

وفي ميدان حماية الملكيّة الأدبيّة والفنّية صدرت عدّة تشريعات منذ عام 1889 [1] ، كان آخرها وأهمّها القانون عدد 36 المؤرّخ في 24 فيفري 1994[2]، الّذي يعتبر من أحدث التّشريعات المتعلّقة بهذا الميدان ، وقد صدر ليواكب التطوّرات الكبيرة الّتي برزت في هذا المضمار ، خاصّة فيما يتعلّق بالسّطو والقرصنة على الإبداعات الفنّية والأدبيّة .

وقد استوعب هذا القانون صراحةً ولأوّل مرّة الإبداعات الفكريّة المعلوماتيّة، واعتبرها من المصنّفات الفنّية الّتي تستحقّ الحماية [3] ، لأنّ المعلومات دخلت في نطاق التجاريّة وصار من الممكن تسويقها عبر شبكات اتّصالات عالميّة [4].

وإلى جانب المُقوّمات المتعلّقة بالنشاط المُحترف توجد فئة أخرى من المقوّمات تتعلّق بالاحتراف والمحترفين للتّجارة ، تتكوّن من مجموعة قواعد ضروريّة لإضفاء الصّبغة التجاريّة للحِرفة .

---

(1) - عبد الكريم المهبولي ، الملكيّة الأدبيّة والفنّية في القانون التّونسي ، قت. جويلية 1963 ، ص 16 .

- Cf.; N. MEZGHANI, Aperçu sur le Droit de propriété littéraire et artistique en Tunisie, R.T.D., 1982, Doct. , p. 335.

(2) - رائد رسمي. عدد 17 تاريخ 1 مارس 1994 ، ص 353 .

(3) - رؤوف المراكشي، حماية الملكيّة الفنّية للمصنّفات المعلوماتية، قت. نوفمبر 1996، ص 20.

(4) - Cf., Nathalie MALLET-POUJOL, La commercialisation des banques de données, C.N.R.S. Éditions, Paris, 1993, p. 28 et suiv.

المبحث الثاني: مُقوّمات التجاريّة المتعلقة بالاحتراف

في الواقع إن تجاريّة الحرفة لاتقوم فقط على المقوّمات المتعلقة بالنشاط الذي يحترفه الشخص، بل تتضافر هذه المقوّمات مع نوع أخر يتعلق بمسألة الاحتراف، والتي تحتوي على نوعين من القواعد التي تتكامل مع بعضها لتقوم الحرفة التجاريّة بصورة قانونيّة مُعترف بها، بحيث تخوّل لمحترفها كل الحقوق والامتيازات التي يقررها القانون التّجاري خاصّة، وأهمها صفة التاجر القانونية التي تُرتب الكثير من الآثارعلى محترف التجارة.

يتعلّق النوع الأوّل من القواعد بشخص التاجر نفسه، ويمكن أن يطلق عليها القواعد الخاصة بالمحترف (الفقرة الأولى). أما النّوع الثاني فهو القواعد المنظّمة للحرفة التجاريّة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : القواعد الخاصة بمحترف التجارة

لا يُعتبر الشخص الممارس للنشاط التّجاري محترفاً بالمعنى القانوني إلا إذا توفرت فيه شروط أساسية، تتمحور في إطارين أساسيين : يتعلق أحدهما بالأهلية(أولاً)، والآخر بالاستقلالية (ثانياً).

أولاً : الأهليّة التجاريّة

الأهليّة : هي قدرة المرء وصلاحيته لمباشرة التّصرفات القانونيّة بنفسه [1]. وقد اختلفت التّشريعات في أحكام الأهليّة المدنيّة، من حيث تحديد سنّ الرّشد[2] ، ومن حيث أحكام القصر وعوارض الأهليّة.

وعملياً يقوم الفرد بمعاملات مدنية وأخرى تجاريّة، ومع ذلك يخضع لأحكام الأهليّة المدنيّة فلا يحتاج من يحرّر كمبيالة مثلاً لأهليّة خاصّة، إلا أن الأمر يبدو مختلفاً بالنسبة لاحتراف التجارة، حيث يمكن القول بوجود أهليّة تجاريّة.

يُعرّف الأستاذ النخلي الأهليّة التجاريّة بانها :«القدرة على ممارسة واحتراف التّجارة ومباشرة الأعمال المتعلقة بها، وهي من الشروط الخاصة لاكتساب صفة التّاجر..»[3].

---

(1) – محمد صالح بك، شرح القانون التجاري المصري، ج.1، ط.4، مطبعة فتح الله الياسين نوري، القاهرة، 1938، ص 66.

(2) – في المكسيك مثلاً 25 عاماً، وفي النمسا 24 عامًا، وهولندا 23 عاماً، ومصر 21 عاماً، وتونس 20 عاماً، وسورية 18 عاماً، واليمن 15 عاماً.

(3) – محمد نخلي، مرجع سابق، ص 46.

إذن الأهليّة المدنيّة هي أهليّة عامّة تتعلق بكل التّصرفات القانونيّة، في حين أن الأهليّة التجاريّة هي أهليّة خاصّة باحتراف التجارة، فلابدّ من دراستها بالنّسبة إلى كامل الأهليّة (أ) ثم بالنسبة للمحجور عليه (ب).

أ - كاملـــو الأهليّـــة :

حدّد الفصل 7 من مجلّة الالتزامات والعقود سنّ الرشد بعشرين سنة كاملة ، سواء بالنسبة للذكور أوالإناث [1].

وقد ساوى المشرّع التونسي بين سن الرشد المدني وسن الرشد التّجاري، إذ ينص الفصل 5 م.ت على أنّ «كل شخص أهلٌ للالتزام يجوز له أن يتعاطى التّجارة». فالراشد مدنياً يمكنه احتراف المهنة التجاريّة، لأن الأعمال التجاريّة في حقيقتها تصرّفات قانونية ولا داعي للتفريق بين سنّ الرّشد المدني وسن الرّشد التجاري. إلا أن الأهليّة التجاريّة هي أكثر حساسية، لأن التجارة تحتاج للخبرة والمهارة وترتب آثاراً خطيرة، مما دفع بعض التشاريع إلى جعل سن الرشد التجاري أكبر من سن الرشد المدني، كالتشريع اليمني[2].

وقد كان التّشريع العثماني يأخذ المنحى نفسه حيث ينص الفصل 2 من قانون التّجارة العثماني (والذي كان مطبقاً في الكثير من الدول العربية) على أنّه : «من أكمل الإحدى والعشرين سنة من عمره يجوز له أن يباشر أمور التجارة...»[3]، في الوقت الذي كانت فيه مجلة الأحكام العدليّة لا تحدّد سناً معيناً للرّشد، واكتفى الفصل 987 منها بتحديد سن البلوغ الحكمي وهو 15 سنة فقط [4].

وتبرز في هذا المجال مسألتان تستحقّان الوقوف عندهما وتسليط الأضواء على بعض جوانبهما : الأولى تتعلق بالأهليّة التجاريّة للمرأة المتزوجة، والثانية بالأهليّة التجاريّة للأجنبي.

---

(1) - كان الفصل 7 م.إ.ع. قبل تنقيحه بامر 3 أوت 1956 ينص على أن :«كل إنسان ذكر تجاوز عمره ثماني عشرة سنة كاملة يعتبر رشيداً بمقتضى هذا القانون، أما الأنثى فإنها تبقى في قيد الحجر إلى مضي عامين من تاريخ تزوّجها».

(2) - سنّ الرشد التجاري في اليمن هو 18 سنة، في حين أن سن الرشد المدني هو 15 سنة فقط.
- انظر ، محمد عبد القادر الحاج، مرجع سابق ، ص 182.

(3) - انظر ، مجموعة القوانين ، ج.2. (قانون التجارة العثماني ومذيّلاته)، ترجمة نيقولا النقاش، المطبعة العلمية، بيروت، 1925، ص 7.

(4) - لا يُعتبر البالغ راشداً حكماً بل لابدّ من التحقق من الرشد، الذي عرّفه الفصل 947 من مجلة الأحكام العدلية إذ ينص على أن :«الرشيد : هو الذي يتقيّد بحفظ ماله، ويتجنّب الإسراف والتبذير».
- انظر،محمود عبد المجيد المغربي، أحكام العقد في الشريعة الإسلامية، المكتبة الحديثة، بيروت، 1988، ط.1، ص 91 ما ب.

1- الأهليّة التجاريّة للمرأة المتزوّجة :

التّشريع التّونسي لا يفرّق بين أهليّة المرأة قبل الزواج وبعده، ويصح هذاالقول أيضاً بالنسبة إلى المطلقة أو الأرملة[1]. فالمرأة كالرجل لها شخصيتها المستقلّة ولها حرية التصرّف بأموالها، ولا توجد أي شروط خاصة بأهليّتها.

وأغلب التّشريعات التي تعتمد الشريعة الإسلاميّة أساساً لقوانين الأحوال الشخصيّة فيها، تعامل المرأة كالرجل ولا تفرد لأهليتها التجارية أحكاماً خاصة، وهذا يعود إلى أن هذه الدول تعتمد نظام زواج أوحد من أنظمة الزواج المالية[2]وهو نظام فصل الأموال بحيث يستقلّ كل من الزوجين بما يملك.

أما التّشريعات التي تتعدّد فيها الأنظمة المالية للزّواج عادة ما تقيّد حرية المرأة المتزوجة إذا رغبت في احتراف التجارة، وتفرض عليها موافقة الزوج حتى تكون تاجرة بالمعنى القانوني. ولا بأس من تسليط الضوء على مواقف بعض التشريعات التي تسير بهذا المنحى.

بالنسبة إلى التشريع الفرنسي، فقد تراجع تدريجياً عن تقييد حرية المرأة المتزوّجة ، حيث كان الفصل 4 من المجلّة التجارية الفرنسية ينص قبل تنقيحه على أنه : «لا يجوز للزوجة ممارسة التّجارة إلا بموافقة زوجها». وقد جرت عدة تعديلات على هذا الفصل كان آخرها بالقانون 596 المؤرّخ في 10 جويلية 1982[3]، وذلك على النحو التالي :

* تعديل قانون 22 سبتمبر 1942 : يمكن للمرأة أن تمارس التجارة إلا إذا عارض الزوج.

* تعديل قانون 13 جويلية 1965 : يمكن للمرأة أن تمارس التّجارة بحريّة ولكن لاتعتبر تاجرة إلا إذا كانت تجارتها منفصلة عن تجارة زوجها.

* تعديل قانون 10جويلية 1982: المساواة بين الزوجين، حيث صار الفصل 4 من المجلّة التجاريّة الفرنسيّة ينص على أنّ «قرين التاجر لا يعتبر تاجراً إلا إذا كان يمارس تجارة منفصلة عن قرينه»[4].

---

(1) - لاحظنا أن الفصل 7 م.إ.ع كان قبل تعديله بموجب أمر 3 أوت 1956 يبقي المرأة قاصرة وقيد الحجر الى مضي سنتين من زواجها.

(2) - أهم أنظمة الزّواج المالية هي : (نظام فصل الأموال، نظام وحدة الأموال، نظام الدوطة، نظام وحدة الأموال المكتسبة بعد الزواج).

- انظر ، هشام فرعون ، مرجع سابق، ج.1، ط.1989 ، ص.111.

- أيضاً، شكري أحمد السباعي، مرجع سابق، ج.3، ط. 1993، ص.346.

(3) - Brigitte HESS-FALLON et Anne-Marie SIMON, Droit commercial et des affaires, sirey, Paris , 6è éd. 1992, p. 23.

(4) - Art. 4 C. Comm. F. «le conjoint d'un commerçant n'est réputé lui-même commerçant que s'il exerce une activité commerciale séparée de celle de son époux».

والقانون اللبناني أيضاً مايزال يمنع المرأة من ممارسة التجارة إلا برضا الزوج، وذلك لاعتبارات أخلاقيّة وعائليّة[1] ، حيث نص الفصل 11 من القانون التجاري اللبناني على :«إن المرأة المتزوّجة مهما تكن أحكام القانون الشخصي الذي تخضع له، لا تملك الأهليّة التجاريّة إلا إذا حصلت على رضا زوجها الصّريح أو الضمني...».

أمّا المشرّع المصري فقد خصّ أهليّة المرأة بالفصل 5 من قانون التجارة، إذ ينص على أنه :«وكذلك تكون أهلية النساء للتجارة على حسب قانون أحوالهن الشخصيّة». وهذا يعني أن المرأة الأجنبيّة تحتاج عند احترافها للتجارة في مصر لإذن زوجها إذا كان قانونها الشخصي يفرض عليها هذا القيد، أما المرأة المصريّة فلا تحتاج لهذا الإذن.

القائلون بضرورة الإذن يستندون إلى أن احتراف المرأة للتجارة يضرّ بمصالح زوجها، وبعض الدارسين يعتبرون أن الإذن هو قيد على الخروج من البيت وليس قيداً على القيام بالتصرّفات القانونيّة [2].

وفي تونس يمكن القول إن إذن الزوج مفروض على التاجرة الأجنبيّة التي تحترف التجارة في تونس إذا كان قانونها الشخصي يعتبر أهليتها مرتبطة بموافقة الزوج، وذلك استناداً إلى الفصلين 39 و40 من مجلة القانون الدولي الخاص [3] التي صدرت حديثاً في تونس [4].

أما المرأة التونسيّة فلا تحتاج لإذن الزّوج لممارسة التجارة، فقد ذهب المشرّع إلى مدى بعيد في تحرير المرأة من سلطة الرجل[5].

---

(1) - أحمد المحمود ، الأعمال التجاريّة والتجار، المكتبة الحديثة، طرابلس لبنان،1988 ، ص 307.

(2) - عبد الرزاق السعيدي، أحكام الأهليّة في القانون التونسي واللبناني ، قت. جانفي 1967، ص 19.

(3) - كان الفصل 5 من الأمر العلي الصادر عام 1926 والمنظم للسجل التجاري يفرض على التاجرة الأجنبيّة الإذن الصريح من الزوج، وقد ألغي هذا الأمر بالقانون عدد 44 لسنة 1995 الذي أعاد تنظيم السجل التجاري بتونس دون أن يتعرض لإذن الزوج بالنسبة للتاجرة الأجنبيّة.

(4) - القانون عدد 97 المؤرخ في 27 نوفمبر 1998 ، رائد رسمي. عدد 96 مؤرخ في 1 ديسمبر 1998، ص 2392.

(5) - يظهر مدى تحرير المرأة من سلطة زوجها من خلال إلغاء واجب الطاعة الذي كان مفروضاً على الزوجة في الفصل 23 م.أ.ش بموجب القانون عدد 74 المؤرّخ في 12 جويلية 1993.

2 - الأهليّة التجاريّة للأجنبي :

ينص الفصل 3 م.إ.ع. على أن :«كل شخص أهل للإلزام والالتزام مالم يصرح القانون بخلافه». ونتساءل هنا هل يملك الأجنبي[1] الأهليّة لممارسة التجارة في تونس مثل التونسي أم يخضع لأحكام خاصة ؟

لقد أخضع المشرّع التونسي مسائل الأحوال الشخصيّة للأجانب للفصل 39 من مجلة القانون الدولي الخاص ، الذي ينص على أنه : «تخضع الأحوال الشخصيّة للمعني بالأمر لقانونه الشخصي.
- وإذا كان المعني بالأمر حاملاً لعدة جنسيات يعتمد القاضي الجنسيّة الفعليّة...» [2].

وقد اعتبر الفصل 40 من نفس المجلة مسألة الأهليّة من مشمولات الأحوال الشخصيّة، إذ ينص في فقرته الأولى على أنه : «تخضع أهلية التصرف للقانون الشّخصي بالنسبة للذوات الطبيعية...»، وهذا يعني أن أهليّة التاجر الأجنبي تخضع لقانونه الوطني - أي قانون جنسيته- ومن خلال أحكامه يتحدد ما إذا كان راشداً أم قاصراً.

في الواقع العملي يثير هذا الموضوع عدة مسائل على صعيد القانون المنطبق وغيره من مشاكل القانون الدولي الخاص. ومن المفيد هنا استعراض مواقف بعض التشريعات بالنسبة لهذا الموضوع.

المشرّع الفرنسي اعتمد مبدأ المعاملة بالمثل كشرط أساسي ليتمكن الأجنبي من احتراف التجارة في فرنسا، وهذا ماجاء به مرسوم 17 جوان 1938، وهذا يعني أن يكون الشخص منتمياً لبلاد تسمح للفرنسيين ممارسة التجارة فيها. ثم صدر مرسوم 12 نوفمبر 1938، ومن بعده قانون 8 أكتوبر 1940 الذي وضع نظام بطاقة التاجر الأجنبي والذي يحتّم على الأجنبي الذي يرغب احتراف التجارة في فرنسا الحصول على هذه البطاقة الإداريّة.

ولم تكن هذه البطاقة تعطى إلا للأجانب الذين يتمتعون بأهليّة الإتجار حسب القانون الفرنسي ويقدمون الضمانات المهنية والأخلاقيّة، وللإدارة

---

(1) - الأجنبي : هو كل من لا يحمل الجنسيّة التونسيّة.
- أنظر، زبير البودالي والأسعد شلبي ومحمد الأمين البحري، تجارة الأجانب في تونس، مجموعة محاضرات تربص المحاماة، ج.2 ، الهيئة القوميّة للمحامين ، تونس، السنة القضائيّة 1988 - 1989، المحاضرة السادسة عشرة، ص 312.

(2) - انظر، الهادي المحيرصي ، الأحوال الشخصيّة للأجانب ، قت. أفريل 1959، ص 10.

سلطة تقديريّة لمنح هذه البطاقة أو رفض إعطائها، ويعاقب جزائياً كل أجنبي يزاول التّجارة دون الحصول على هذه البطاقة[1].

والجدير بالذكر أن معاهدة المجموعة الاقتصاديّة الأوروبيّة C.E.E [2] وقفت ضد مثل هذه القيود وأعلنت مبدأ حرية انتقال الأشخاص والأموال، ودعت في الفصل 63 منها الدول الموقعة الى عدم وضع قيود على الحريّة التجاريّة في وجه أفراد الدول الأعضاء[3]، وقد افتتحت السّوق الأوربيّة الموحدة في بداية عام 1993 بين دول المجموعة الاثنتي عشرة[4].

والفقه الفرنسي ينادي بضرورة التخلي فيما يتعلق بتحديد الأهليّة التجاريّة عن قانون الجنسيّة لصالح قانون الموطن، لأن أهليّة الأجنبي التجاريّة تتعلق بممارسة مهنة في فرنسا[5].

القانون التّجاري الكويتي الصادر عام 1980 اشترط على الأجنبي الذي يرغب بمزاولة التجارة في الكويت أن يكون له شريك كويتي وذلك بالفصل 23 منه.

أما القانون التّجاري العراقي لعام 1984 فقد اشترط الفصل 18 منه الجنسيّة العراقية لممارسة التجارة، أما غير العراقي فلا يمكنه مزاولة التجارة في العراق، إلا وفقاً لمتطلبات خطة التنمية وبعد الحصول على التّرخيص الإداري.

وبالنسبة لمشروع القانون التجاري المغربي، فقد نص في الفصل 17 منه على أنّه :«يعتبر الأجنبي البالغ إحدى وعشرين سنة كامل الأهليّة لمزاولة التجارة في المغرب ولو كان قانون جنسيته يفرض سناً أعلى مما هو منصوص عليه في القانون المغربي». وهذا يعني أن الأجنبي سيعامل بعد صدور القانون في مسألة الأهليّة معاملة المغربي.

ويبدو أن هذا الموقف سليم، وحبّذا لو يأخذ المشرّع التونسي نفس الاتجاه، ويعترف للأجنبي بنفس الأهليّة التجاريّة المطلوبة للتونسي، فليس من المعقول

---

(1) - Cf. RIPERT et ROBLOT, Op. Cit., T. 1, p. 162 et suiv.
- Aussi, Sami FRIKHA, L'accès des personnes physiques de nationalité étrangère aux Droits économiques, mémoire D.E.A. (Droit privé), Fac. Dr. Scien. Pol. Econ., Tunis, 1985, p. 20 et suiv.

(2) – تمّ التوقيع على المعاهدة عام 1957 في روما من قبل ستة دول، وكان من أهم أهدافها إنشاء إتحاد فمرفي بين الدول الأعضاء.

– انظر، عبد الرحمن حبيب، نظريّة التجارة الدوليّة والتكتلات الاقتصادية، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة 1974 ، ص 110.

(3) - Cf. RIPERT et ROBLOT, Ibid., T. 1, p. 164 et 165.

(4) – انظر، سمير عبد العزيز، التجارة العالمية وجات 1994، مركز الاسكندرية للكتاب، الاسكندرية، 1996، ص 29.

(5) – محمد حسن الجبر، مرجع سابق، ص 99.

أن يفرض على المتعاملين مع التجار الأجانب تحري قوانينهم الشخصيّة قبل كل معاملة تجارية للتأكد من أهليتهم ورشدهم التجاري ، لما في ذلك من عرقلة للمعاملات وارتباك في الحياة التجارية. ولابدّ من التنويه إلى أنّ مجلة القانون الدولي الخاص أخذت بهذا الموقف فقط بالنسبة للأشخاص المعنوية فأخضعتهم بالفصل 40 منها لقانون الدولة التي يتعاطون نشاطهم فيها .

وبالنتيجة فإنه من الأفضل اعتبار الأهلية التجاريّة استثناءً من الأهليّة المدنية واستبعاد قانون الجنسية لصالح قانون الموطن، وحتى لو وضعت بعض القيود على احتراف الأجنبي للتجارة، فلتكن مستندة على فكرة حماية المواطن من المنافسة الأجنبيّة أو حفظاً للأمن والمصلحة العامة، وهذه القيود لا تطبق عليه بوصفه ناقص الأهليّة وإنما بوصفه أجنبياً[1]، كواجب إشهار النظام المالي للزواج للتّاجر الأجنبي الوارد في الفقرة 4 /أ من الفصل 9 من القانون عدد 44 لسنة 1995 المنظّم للسجل التّجاري[2] ، وشرط الإقامة والحصول على الترخيص لتعاطي التّجارة المذكور في نفس الفصل السابق الذكر.

ب -المحجور عليهم :

الحجر : هو المنع من التصرف، والشخص المحجور عليه لا يستطيع مباشرة التصرّفات القانونية بنفسه،.ولابدّ له من شخص ينوبه لمباشرة هذه التصرفات، سواء كان الحجر عليه لفقدان الأهلية أو لنقصانها[3]. وميدان الحجر هو التصرفات القانونيّة دون الأفعال الماديّة، لأن الفعل بعد وقوعه لا يمكن ردّه، والمحجور عليه مسؤول عن أفعاله غير المباحة التي يأتيها عن إدراك[4].

والحجر يهمّ النظام العام لارتباطه بالأهليّة التي لا يحق للشخص أن يتنازل عنها[5]، وما يهمنا هو التعرف أولاً على عديمي الأهليّة التجاريّة، ثم دراسة الترشيد التجاري.

---

(1) - يُفرّق القانون السوري بين مواطني الدول العربية ومواطني الدول غير العربية، من حيث الحق في ممارسة التّجارة في سوريا، حيث عامل العربي معاملة السوري ومنحه حق تعاطي التجارة دون قيد خاص، أما الأجنبي فلا بدّ له من الحصول على ترخيص مسبّق.
- انظر ، هشام فرعون ، مرجع سابق، ج. 1، ص 112 - 113.

(2) - منشور بالرائد الرسمي . عدد 37 تاريخ 9 ماي 1995، ص 1047.

(3) - انظر، محمد الزين، مرجع سابق، ج. 1(العقد)، ص 82 وماب.

(4) - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج. 1 (مصادر الالتزام)، دار النهضة العربية، القاهرة، ط. 1981، ص 796.

(5) - انظر، ألفة الفرشيشي، الحجر على الرشد، مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمّقة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تونس، 1992 - 1993، ص 8 وماب.

1 - عديمو الأهليّة التجاريّة :

لا يمكن للمجنون وضعيف العقل والأبله والمعتوه والسفيه المحجور عليهم احتراف التجارة بأنفسهم، وذلك بسبب الفساد في قدراتهم الذهنيّة أو الهوى الجامح الذي يتعارض مع طبيعة التجارة التي تتطلب الخبرة والمهارة، وحمايةً لأموالهم من الضياع [1].

ترى الأستاذة المزغنّي أنه يتوجب على التاجر الذي ينتابه عارض من عوارض الأهليّة أن يتوقف عن ممارسته للنشاط التجاري، ما لم يقع تعيين مقدم عليه أو يزول سبب انعدام أهليّته، ويمكن الترخيص لممثله القانوني بمزاولة التجارة لحسابه إذا رأى القاضي في ذلك مصلحة وفائدة لعديم الأهليّة[2]. وهذا ما يؤكده الفصل 17 م.إ.ع.

ويمكن إضافة الصغير غير المميّز إلى لائحة المحجورين الذين لا يمكنهم مطلقاً احتراف التجارة وذلك حمايةً له ، حيث اعتبر المشرّع كل تصرفاته باطلة، وهذا ماجاء به الفصل 156 م.أ.ش. في فقرته الأولى التي تنص على أن : «الصغير الذي لم يتم الثالثة عشرة يعدّ غير مميّز وجميع تصرفاته باطلة...»[3].

وتبقى الخصوصيّة في مرحلة الصغير المميّز، وهي مرحلة تمتد من سن الثالثة عشرة وتنتهي بإتمام العشرين عاماً (فصل 6 م.إ.ع.) . وتكون أهليّة القاصر في هذه المرحلة ناقصة، وتصرّفاته يحكمها الفصل 156 م.أ.ش في فقرته الثانية حيث تنص على أنه : « ... والصغير الذي تجاوز الثالثة عشرة يعدّ مميّزاً، وتصرفاته تكون نافذة إذا كانت من قبيل النفع المحض، وباطلة إذا كانت من قبيل الضرر المحض، ويتوقف نفاذها في غير الصورتين المذكورتين على إجازة الولي»[4].

وأجاز الفصل 159 م.أ.ش. للقاصر الذي أتم سن الخامسة عشر أن يحصل على ترشيده المدني عن طريق القضاء ترشيداً مقيداً أو مطلقاً ، وفي هذه الحالة تكون تصرفات القاصر المرشّد صحيحة ونافذة في حدود التّرشيد الممنوح له، ويمكن للقاضي إلغاء التّرشيد لأسباب مقبولة ومقنعة (فصل 158 م.أ.ش).

---

(1) - انظر ، بحثنا «قيام صفة التاجر في التشريع التونسي»، مرجع سابق، ص 42 وما ب.

(2) - N. MEZGHANI, Op. Cit., Vol. 1, pp. 174 et 175.

(3) - انظر، البشير زهرة، التصرف في أموال القاصر من طرف الأب والأم، قت. ماي 1988، ص 7.

(4) - انظر، الشاذلي صويد، الأهليّة، رسالة تخرّج من معهد الأعلى للقضاء، وزارة العدل ، تونس، 1992 - 1993 ، ص 54.

- أيضاً ، محمد الزين، مرجع سابق ، ص 86.

ونتساءل هنا : هل يكفي التّرشيد المدني لممارسة التجارة، أم أنه غير كاف لاحترافها ؟

2 - التّرشيد التجاري :

في الواقع إن التّرشيد المدني كان كافياً قبل دخول المجلة التجاريّة حيز التّنفيذ في غرّة جانفي 1960، فالقاصر الذي كان يحصل على ترشيده المدني يستطيع احتراف التجارة، لأن التّرشيد يمكّن من إعداد الصبي المميّز للمستقبل من خلال تدريبه على إبرام العقود واختبار مقدرته على التّعامل والتصرّف[1].

وبعد صدور المجلة التجاريّة تغيّر الأمر، حيث جاءت بشروط ترشيد خاصة بالتجارة تتماشى مع متطلباتها. ويمكن حصر شروط الترشيد التجاري بثلاث شروط :

- **شرط السن** : أوجب الفصل 6 م.ت. على الصغير المميز الذي يطلب ترشيده تجارياً أن يكون قد بلغ سن الثامنة عشر من عمره. وهذا يعني أن المُرشّد مدنياً لم يعدّ قادراً على احتراف التّجارة إلا بعد الحصول على التّرشيد التجاري. وقد أحسن المشرّع التونسي صنعاً برفع سنّ الترشيد التّجاري عن سنّ الترشيد المدني، لأن تعاطي التّجارة يتطلّب المزيد من الخبرة والدّراية.

أمّا المشرّع الفرنسي فقد قطع الطريق على القاصر، وحجّر عليه احتراف التّجارة حتى ولو كان مُرشّداً، وذلك بالفصل 2 من مجلة التجارة بعد تعديله بقانون 5 جويلية 1974[2] :

Art. 2 C.Com F. : «Le mineur , même émancipé ne peut être commerçant».

- **الترشيد المطلق** : اشترط المشرّع التونسي في الفصل 6 م.ت. على القاصر الحصول على ترشيده المطلق ليتمكن من احتراف التجارة، حيث ينص على أنه : «لا يجوز للقاصر الذي بلغ الثمانية عشر عاماً كاملة ذكراً او انثى أن يتعاطى التجارة أو أن يعتبر رشيداً بالنظر للتعهّدات التي التزم بها في أعمال تجارية إذا لم يحصل على ترشيده المطلق».

---

(1) - العديد من التشريعات تُوحّد احكام الأهليّة المدنيّة والتجاريّة، كالمشرّع السوري الذي يكفي فيه الترشيد المدني لاحتراف التجارة (فصول من 164 حتى 168 من قانون الأحوال الشخصيّة السوري والفصل 113 قانون مدني).

- انظر ، هشام فرعون، مرجع سابق، ج. 1، ص 108 و 119.

(2) - Alfred JAUFFRET, Manuel Droit commercial, par Jacques MESTRE, 22è. éd., L.G.D.J. Delta, Paris, 1996, p. 177.

- Cf. RIPERT et ROBLOT, Op. Cit., T. 1, n°. 244, p. 156.

نلاحظ وجود تناقض بين هذا الفصل والفصل 153 م.أ.ش. الذي يرشد القاصر بالزواج إذا تجاوز السابعة عشر من عمره، حيث يصبح القاصر بموجبه راشداً فيما يتعلّق بحالته الشخصية ومعاملاته المدنيّة والتجاريّة.

لحلّ هذا التناقض يمكن القول أن الترشيد التجاري يكون إمّا بزواج القاصر بعد سنّ السابعة عشر أو ببلوغه عازباً الثامنة عشر وحصوله على ترشيده المطلق[1]. فلو تمعنّا في سن الترشيد بالزواج (تجاوز سنّ السابعة عشر)، نجد أنه نفس سنّ التّرشيد المطلوب في المجلة التجاريّة (بلوغ الثامنة عشر)، ويبقى الفرق بين الترشيد بالزواج والترشيد المنصوص عليه بالمجلة التجاريّة محصوراً فقط بالكيفية التي يتم بها كل منهما، فالترشيد بالزواج يكون آلياً بمجرّد إتمام الزواج، بينما الترشيد المطلق للقاصر العازب يتم عن طريق القضاء بناءً على إذن الولي.

- الإذن بالإتجار : لم يرد هذا الشرط في المجلة التجاريّة، إلا أن الفصل 11 م.إ.ع. أوجبه لاكتمال أهلية القاصر التجاريّة، حيث ينص على أن : «الصغير المأذون حكماً بتعاطي التجارة والصّناعة لايسوغ له طلب فسخ ما التزم به من جرّاء تجارته إذا كان ذلك داخلاً فيما ابيح له من التصرف، وعلى كل حال فإن الإذن المذكور يعتبر شاملاً لجميع الأعمال اللازمة لتعاطي التجارة المقصودة به». وهنا نتساءل هل ألغتْ المجلة التجاريّة هذا الفصل ضمنيّا ؟

الأستاذة المزغنّي لم تذكر الحصول على الإذن كشرط للتّرشيد التجاري[2]، أما الأستاذان عبد الرزاق السعيدي والشاذلي صويد فهما يؤكدان ضرورة الحصول على إذن الولي[3] ، ويبدو أن المجلة التجاريّة لم تلغِ هذا الشرط، ومن المنطقي أن يأذن الولي للقاصر بالاتجار، لأنه أقرب الناس اليه ويعرف امكاناته وقدراته، ويجوز له الرجوع عن هذا الإذن في كل وقت، ولكن لأسباب قوية وبعد سماع أقوال القاصر، وهذا ما تضمّنه الفصل 12 م.إ.ع.

إذن يمكن القول أن القاصر المُرشّد تجارياً يصبح كامل الأهليّة التجاريّة ويخضع للنظام القانوني للتجار، ولكنه يبقى معرضاً لإلغاء ترشيده إذا ظهر منه ما يدلّ على عدم الكفاءة وتحمّل مخاطر التجارة.

---

(1) - انظر، عبد الباسط الخالدي، الترشيد بالزواج ، قت. اكتوبر 1995، ص 181.

(2) - Cf., N. MEZGHANI, Op. Cit., Vol. 1, p. 174.

(3) - عبد الرزاق السعيدي، مرجع سابق، ص 7 وما.

- الشاذلي صويد، مرجع سابق، ص 21 و 129 و 130.

ثانيـــاً : الاستقلاليّـــة :

الشّرط الثاني الواجب توفّره بمحترف التجارة إلى جانب الأهليّة التجاريّة، هو شرط الاستقلاليّة التي تعني عدم التبعيّة للغير، فلا يُعدّ الشخص محترفاً للتجارة إلا إذا باشرها مستقلاً، لأنه يعرّض ذمته كاملة للمسؤولية، ولا يمكنه تحديد مسؤوليته بمال محدد، لما في ذلك من تنافٍ مع روح التجارة[1] (إلا في حالات استثنائيّة). ويتضمن شرط الاستقلاليّة عنصرين متكاملين [2] :

الأول : هو أن يمارس الشخص التجارة باسمه الشخصي.

والثاني : أن يمارس التجارة لحسابه الخاص.

وقد جاء في قرار تعقيبي فرنسي مؤرّخ في 21 ديسمبر 1898 أنّه :« إذا قام شخص بأعمال تجاريّة لحساب شخص آخر وباسمه، فإن من قام باسمه ولحسابه هو التاجر »[3].

إذن فالمتاجرة باسم الغير أو لحسابه يحمل في طيّاته إما التبعيّة أوالوكالة، وفي كلتا الحالتين لا يعتبر الشخص محترفاً للتجارة.

أ - التعارض مع التبعيّة :

تتميز علاقة التبعيّة القانونيّة بخضوع التابع لإشراف وأوامر متبوعه وعدم تحمّله للخسائر، سواء كان عمله بمقابل كالعامل والموظف، أو مجاناً كالابن الذي يعمل في تجارة لوالده[4].

1- **الأجير**: يرتبط الأجير مع مؤجره بموجب عقد شغل(فصل 6 م.ش)[5]، فعلاقته تبعيّة ويخضع لمراقبة صاحب العمل الذي يتم العمل باسمه ولحسابه[6].

---

(1) – جمال الدين عوض، القانون التجاري، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1974، ص 70.

(2) – أورد الفصل 7 من القانون التجاري العراقي صراحةً عنصري الاستقلاليّة، حيث ينص على أنّه: «يعتبر تاجراً كل شخص طبيعي أو معنوي يزاول باسمه ولحسابه على وجه الاحتراف عملاً تجارياً وفق أحكام هذا القانون...».

(3) - J.C. Com. 1982, Fasc. 50, n° 46, p. 8.

(4) – انظر، الياس ناصيف، مرجع سابق ، ج. 1 (الأعمال التجاريّة والتجار) ، ص 49.

(5) – ينص الفصل 6 من مجلّة الشغل بعد تنقيحه بالقانون عدد 62 المؤرخ في 15 جويلية 1996 على أنّ : «عقد الشغل هو اتفاقيّة يلتزم بمقتضاها أحد الطرفين ويسمى عاملاً أو اجيراً بتقديم خدماته للطرف الآخر ويسمى مؤجراً، وذلك تحت إدارة ومراقبة هذا الأخير وبمقابل أجر...».

(6) - Cf. N. MEZGHANI, Op. Cit., Vol. 1, p. 160.

– انظر ، حكم محكمة استئناف القاهرة الصادر بتاريخ 1 أوت 1931، عبد المعين لطفي جمعة، موسوعة القضاء في المواد التجارية، المؤسسة المصرية العامة للتاليف والنشر، القاهرة ، 1967، ص 77.

ولا يعتبر العامل محترفاً للتجارة[1] ، لأنه يقوم بعمله لحساب التاجر مقابل أجرٍ محددٍ أو نسبةٍ من الأرباح[2].

2 - المكلّف من جهة حكوميّة : لا يعتبر محترفاً للتجارة المكلّف من جهة حكومية، لأنه يباشر عمله لحساب الإدارة، كالموظف الذي يقوم بأعمال ذات طبيعة تجاريّة تدخل في نطاق وظيفته، من ذلك مثلاً موظفي الخزينة العموميّة، فهم ليسوا تجاراً رغم قيامهم بالأعمال المصرفيّة.

ويخضع الموظف في علاقته بالدولة لقانون الوظيفة العموميّة، ويخضع لرقابة الإدارة وإشرافها.

ويمكن التعميم ليشمل هذا الحلّ كل من يساهم في تقديم خدمة عامة دون أن يكون له الاستقلاليّة الكافية لمباشرة هذا العمل، كبيع الطوابع البريدية أوالجبائيّة، لأنه تقديم خدمة عامة في حقيقته، ويخضع القائم به لتعليمات الإدارة[3].

ب - التعارض مع الوكالة :

المبدأ أن الوكيل لا يعتبر محترفاً لنشاط تجاري، لأنه مكلف بالقيام بالعمل لحساب الموكّل ووفقاً لتعليماته [4]، فقد نص الفصل 1104 م.إ.ع. على أنّ : «الوكالة عقد يكلف به شخص شخصاً آخر باجراء عمل جائز في حق المنوّب...».

ويتوجّب على الوكيل ألاّ يتجاوز حدود وكالته ويتقيد بالتوجيهات التي تلقاها (الفصل 1121) م.إ.ع.

يقول الأستاذ وحيد الدين سوار :«فالنائب إذن يعدّ بمثابة حاجز شفّاف، يفصل بين الأصيل والغير، تخترقه الآثار الناشئة عن التصرف المفوضّ به مباشرة إلى مستقرّها، سواء في ذمّة الأصيل أو في ذمّة الغير المتعاقد مع النائب...»[5].

---

(1) - Ridha BEN YOUSSEF, Droit commercial, Ecole national d'administration (centre de recherches et d'études administratives), Tunis, 1980, p. 9.

(2) – جاء في قر. تع. أنّه : «لا يعتبر سائق التكسي بنسبة من الأرباح شريكاً بل اجير، ويخضع في علاقته مع صاحب العربة لمجلة الشغل...».

– تع. مد. عدد 9313 مؤرّخ في 6 فيفري 1984. ن. مح. تع. 1984، ج. 1، ص 11.

(3) – سمير عالية، مرجع سابق، ص 123.

(4) - Cf., N. MEZGHANI , Op. Cit., Vol. 1, p. 160.

(5) – محمد وحيد سوار، شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزام)، ج. 1، مديرية الكتب الجامعية، دمشق ، 1986 – 1987، ص 276.

وقد أخضع الفصل 5 م.ش. المكلّفين من طرف مؤسسة تجاريّة لأحكام مجلّة الشغل كعَمَلة، إذا كانوا يزاولون العمل كوكلاء عن المؤسّسة وتحت إشرافها ووفقا لتعليماتها.

ويمكن التعميم على كل أنواع النيابة سواء (القانونية منها كالوصي والولي أو القضائية كالمقدّم وأمين الفلسة أو الاتفاقية كالوكيل العادي)، فهؤلاء جميعاً لا يعتبرون محترفين للتجارة إذا مارسوها بصفتهم تلك، ولكن توجد بعض الحالات التي يبقى الشكّ فيها قائماً حول صفتهم كتجّار. وسنعرض أهم هذه الحالات :

1- الممثّل التجاري Représentant de commerce :

يعتبر الممثل التّجاري أكثر استقلاليّة من الأجير أوالموظف، وكثيراً مايستعين التاجر به كوسيط في نشاطه التجاري. ورغم أن عمله الأساسي هو الوكالة، إلا أنه يبقى مرتبطاً بصورة مستمرة مع المؤسسة التي يلتزم بالعمل معها لترويج بضائعها والاتصال بحرفائها[1]، مقابل مرتّبٍ قارٍّ أو منحةٍ سنويةٍ، وقد يعمل لفائدة عدّة مؤسّسات بآن واحد.

والممثل التّجاري إما أن يقيم بالمكان نفسه الذي فيه المؤسسة التي يعمل معها، فيزور العملاء ليعرض عليهم التعاقد ويروّج البضائع المكلّف بها، ويطلق عليه المروّج أو المندوب المحلّي Commis-Placier، وإما أن يسعى من مكان لآخر فيطلب العملاء والحرفاء لصالح المؤسسة التي يمثلها، ويسمى النائب المتجول Commis voyageur[2] .

ويطلق على الممثل التجاري في فرنسا اختصاراً V.R.P. [3].

الفصل 409 من مجلة الشغل التونسيّة نصّ على أن «الاتفاقيات المبرمة بين أصحاب المصانع والتجّار من جهة وبين النواب المتجوّلين والوكلاء والمروجين من جهة هي عقود إجارة ، إذا كان النواب المتجولون أو الوكلاء أو المروجون الذين يعملون لفائدة مؤسسة أو عدّة مؤسسات يتقاضون جزءاً أو مرتباً قاراً، يقومون بعملهم المذكور بصفة مستمرة وباستثناء أي عمل آخر، ولا يتعاطون أية عملية لفائدتهم الشخصيّة،ويكونون مرتبطين مع المؤسسة التي يمثلونها بعقدة مبيّنة لنوع البضائع المكلفين بترويجها، وللجهة الواجب عليهم مباشرة نشاطهم بها، ولمقدار الأجر أو المنحة أو الجزء النسبي المخوّل لهم...».

---

(1) - Axel DE THEUX, Le Droit de la représentation commerciale, T. 2, Vol.1, (C.I.D.C.) Etablissements Emile Bruylant, Bruxelles, 1977, p. 8 et suiv.

(2) – انظر، علي البارودي، العقود وعمليات البنوك التجاريّة ، منشاة المعارف، الاسكندرية، 1984، ص 34.

(3) – وهي اختصار للكلمات : Voyageur, représentant et placier

– انظر، سميحة القليوبي، مرجع سابق، ج. 1، ص 115.

بقراءة عكسيّة لهذا الفصل يمكن القول بامكانيّة اعتبار الممثل التجاري محترفاً للتجارة، إذا قام بالأعمال التجاريّة لحسابه الخاص تحت ستار وكالته، ويرجع للقاضي تحديد مدى استقلالية الممثّل التجاري أو تبعيّته.

واستناداً لما سبق لا يعتبر الممثل التجاري تاجراً إذا التزم بما كلف به ولم يتجاوز حدود وكالته[1] .

2 - الوكيل التجاري L'agent de commerce :

يعرّف الفصل 625 م.ت وكيل التجارة بأنه : «هو الشخص الذي يلتزم عادة بإعداد أو إبرام عقود البيع والشراء، وبوجه عام جميع المعاملات التجاريّة الأخرى باسم تاجر ولحسابه الخاص، ولكن دون أن يكون مرتبطاً معه بعقد إجارة عمل».

نلاحظ أنّ الوكيل التجاري يتمتع بقدر أكبر من الاستقلاليّة التي يتمتع بها الممثل التجاري، لأنه لا يرتبط مع التاجر بعقد شغل، ويطلق عليه البعض اسم وكيل العقود، لأنه يتولى خلال فترة معينة وفي مكان معين اعداد العقود أوإبرامها لمصلحة تاجر معين مقابل نسبة من ثمن البيع في كل عمليّة يقوم بها.

وقد يكون الوكيل التجاري مفوّضاً من التاجر في ابرام العقود أويقتصر عمله على تلقي العروض أو التفاوض المبدئي وإعداد العقود ليتم إبرامها بين التاجر والحريف مباشرة.

ويختلف الفقهاء حول مدى اعتبار الوكيل التجاري محترفاً لحرفة تجاريّة، فيرى البعض أنّه ليس تاجراً[2] ، لأنه لا يقوم بالنشاط باسمه الخاص، بينما يرى آخرون أن حرفته تجاريّة[3] ، لأنه يحترف الوساطة ويستهدف الربح دون أن يكون تابعاً لتاجر معين.

الحقيقة أنه لا يمكن الجزم بصفة الوكيل التّجاري بصورة مطلقة، فهناك أنواع كثيرة من الوكالات التجاريّة ، ولكل منها خصوصيتها ونظامها . وكثيراً ما

---

(1) - J.C. Comm. 1982, Fasc. 50, n°. 58 et suiv. p. 9.

(2) - صدر حكم مدني ابتدائي عدد 225 مؤرّخ في 18 سبتمبر 1972 ، لا يعطي صفة التاجر للنواب المتجوّلين والوكلاء التجاريّين والمروّجين الذين ينطبق عليهم الفصل 409 من مجلة الشغل.

- انظر، محمد الهادي بن عبد الله، مصنف فقه القضاء التجاري التونسي ، دار إسهامات في ادبيات المؤسسة تونس، 1997، ص 17.

(3) - Cf., RIPERT et ROBLOT, Op. Cit., T. 1, n° 172 , p. 116.

تدقّ التّفرقة بين الوكيل التجاري والممثّل التجاري أو السّمسار، وللمحكمة السلطة التقديريّة في تحديد مدى استقلالية الوكيل التجاري واعتباره محترفاً للتجارة.

- فبالنسبة لمستأجر الأصل التجاري Locataire - gerant مثلاً، يعتبر محترفاً للتجارة لأنه يدير المؤسسة بصورة حرّة Gerance-libre[1] ، ويستثمرها لحسابه ويدفع للمالك مبلغاً محدداً كبدلٍ للإيجار.

- أما بالنسبة للموزّع أو صاحب الامتياز Le concessionnaire ، فهو وكيل يضع مؤسّسة التوزيع التي يملكها في خدمة تاجر أو صناعي، لتأمين توزيع احتكاري في نطاق جغرافي معين، ولمدة محدّدة وتحت مراقبة مانح الامتياز concédant للمنتوجات التي مُنح احتكاراً بتوزيعها.
والموزّع يكون تاجراً رغم أنه يمارس مهنته تحت اشراف مانح الامتياز ومراقبته، لما يتمتع به من استقلاليّة وتحمّل لمسؤولياته التعاقديّة مثل أي تاجر آخر[2].

هذه هي القواعد الخاصة بمُحترف التجارة، ولكنها غير كافية للتعريف بتجاريّة النشاط، وللإلمام بها لابدّ لنا من التعرف على أهم القواعد المنظّمة للحِرفة التجاريّة ذاتها.

الفقرة الثانية : القواعد الخاصّة بالحِرفة التجاريّة

أقرّ المشرّع التونسي مبدأ حريّة التجارة المُتفرّع عن مبدأ حريّة العمل في الفصلين 9 و 10 من عهد الأمان الصادر سنة 1857 ، وكذلك في دستور 1861 (الفصول 97، 98، 110، 112).

أما في الدستور الحالي الصادر سنة 1959 فلم يرد هذا المبدأ مع الحريات الأخرى، ولكن يمكننا أن نستشفه من نصوص المجلة الجنائيّة والمجلة التجاريّة.

---

(1)- انظر ، سمير فلسي ، ادريس حدادة وفاخر بن سالم، كراء الأصل التجاري، مجموعة محاضرات تربص المحاماة، ج. 1، الهيئة القومية للمحامين ، تونس ، السنة القضائية 1987 - 1988، المحاضرة الرابعة والعشرون، ص 405.

(2) - Cf., N. MEZGHANI, Op. Cit., Vol. 1, p. 163.

فالمجلة الجنائيّة تعرّضت لبعض الاعتداءات على حريّة التجارة والصناعة، كتعطيل حرية العمل وانتهاك الأسرار الصناعيّة والمنافسة غير المشروعة (القسم الرابع والخامس من الباب الرابع من المجلّة الجنائيّة).

والمجلة التجاريّة كرّست مبدأ حرية التجارة لكل شخص له الأهليّة القانونيّة، حيث نصّ الفصل 5 منها على أن :«كل شخص أهل للالتزام يجوز له أن يتعاطى التجارة»[1].

ولكن لهذه الحرّية قيود دائمة وأخرى عرضيّة ، اعتمدها المشرّع استناداً إلى المصلحة الوطنيّة العامة، وتماشياً مع التطورات الاقتصاديّة والسياسيّة. وهي نوعان : أولهما يشمل كل الحِرف التجاريّة، وثانيهما خاص ببعض الحِرف التجاريّة.

أولاً : القواعد العامّة

هناك ثلاثة قواعد أساسية مطلوب توفرها في كل الحِرف التجاريّة وهي :

1) قاعدة عدم المنع .
2) قاعدة عدم التنافي .
3) قاعدة عدم السّقوط .

أ - عدم المنع Non-interdiction :

يحجّر المشرّع عادة التجارة المخالفة للنظام العام ويدخلها تحت طائلة المعاقبة الجزائيّة[2]، من ذلك ما جاء بقانون المخدرات لعام 1992 [3]، حيث ينص الفصل 2 منه على أنه : «يحجّر تحجيراً باتاً زراعة النباتات الطبيعيّة المخدّرة المشار إليها بالفصل الأول من هذا القانون وكذلك استهلاكها أو انتاجها أو حصادها أو مسكها أو حيازتها أو ملكيّتها أو شراؤها أو نقلها أو ترويجها أو إحالتها أو عرضها أو تسليمها أوالإتجار فيها أو توزيعها أو التوسط فيها أو توريدها أو تصديرها أو تصنيعها أواستخراجها أو تهريبها.

وتمنع بصفة باتّة جميع العمليات الزراعيّة أوالصناعيّة أوالتجاريّة المرتبطة بالمواد المخدّرة إلا في الأحوال المسموح بها قانوناً...».

---

(1) - Cf., N. MEZGHANI , Op. Cit., Vol. 1, pp. 171 et 172.

(2) – منية الصيفي، المخدّرات في القانون التونسي، قت. أكتوبر 1992، ص 250 وماب.

(3) – القانون عدد 52 المؤرّخ في 18 ماي 1992، رائد رسمي. عدد 33 مؤرّخ في 26ماي 1992 ص 621.

وبناءً على هذا الفصل يحجّر الإتجار بالمخدّرات[1] ، لأنه يعدّ جريمة في نظر القانون (فصل 5 من نفس القانون)، فلا يجوز احتراف هذه المهنة مبدئياً، إلا أنّه يستثنى في بعض الحالات المنصوص عليها قانوناً الإتّجار بالمواد المخدّرة، كما هو الحال بالنسبة للميدان الطبّي وخاصة الجراحي منه.

وعلى سبيل المثال أيضاً منع الإتّجار بجسم الإنسان أو أعضائه، حيث أخرج الجسم البشري من دائرة التجارة[2] ، وقد أكّد ذلك ما جاء بالقانون عدد 22 لسنة 1991 المتعلّق بأخذ الأعضاء البشريّة وزرعها[3] ، وخصوصًا الفصل السادس منه[4].

ب - عدم التنافي Non-Incompatibilité :

لا مانع مبدئياً من تعدّد الحرف للشخص الواحد، كأن يكون فلاّحاً وتاجراً بآنٍ واحد، ويخضع آنذاك للنظام القانوني الخاصّ بكل حرفة.

إلا أن المشرّع قد يحجّر على الأشخاص الذين يزاولون بعض المهن احتراف التجارة[5] ، حماية لشرف هذه المهن التي تبدو غير متماشية مع ممارسة المهنة التجاريّة[6]، كالموظّف والمترجم المحلّف والعدل المنفذ والقاضي والمحامي،فمثلاً

---

(1) – الطاهر المنتصر، جرائم المخدّرات على ضوء القانون عدد 52 المؤرّخ في 12 ماي 1992، قت. جانفي 1996، ص 24 و 25.

(2) – انظر، رضا خماخم وسمير معتوق، زراعة الأعضاء بين الطب والدين والقانون، قت. اكتوبر 1989، ص 11 وماب.

– أيضاً ، رضا خماخم ، أخذ وزرع الأعضاء والإنجاب المساعد طبياً في القانون التونسي ، قت. فيفري 1996، ص 12 وماب.

(3) – القانون عدد 22 مؤرّخ في 25 مارس 1991، رائد رسمي. عدد 22 مؤرّخ في 29 مارس 1991، ص 474.

(4) – ينص الفصل 6 من القانون عدد 22 لعام 1991 على أنّه :«يحجّر أخذ الأعضاء بمقابل مالي أو بأي صفة من صفات التعامل، في الحالات المشار إليها بالفصلين 2 و 3 ، بقطع النظر عن ارجاع المصاريف التي قد تستلزمها عمليات الأخذ والزرع».

(5) - Cf., Roger HOUIN et Michel PEDAMON, Droit commercial, Dalloz, Paris, 9ème éd., 1990, p. 153.

(6) - N. MEZGHANI , Op. Cit., Vol. 1, p. 177.

القانون الخاص بالمُترجمين المحلّفين لعام 1960 يحجّر في الفصل 18 منه الجمع بين مهنة مترجم محلّف واحتراف التجارة...

وكذلك قانون المحاماة الصادر سنة 1989 يكرّس هذا التّحجير في الفصل 23 منه، حيث نص على أنه: «لا يجوز الجمع بين المحاماة والأنشطة التالية :

أ) تعاطي التجارة بأنواعها طبقاً لأحكام المجلة التجاريّة.

ب) مباشرة المسؤوليّة في شركات أو مؤسسات صناعيّة أو تجاريّة أومالية من شأنها أن تكسبه صفة التاجر.

ج) ممارسة السمسرة وغيرها من المهن الحرة الأخرى بصفة مباشرة أوغير مباشرة».

ولكن كيف يمكن التوفيق بين هذا الفصل والفصل الرابع من قانون الشركات المهنيّة للمحامين لعام 1998 ، الذي أجاز أن تكون هذه الشركات ذات شكل تجاري (خفيّة اسم أو محدودة المسؤوليّة).

يبدو أن الإجابة عن هذا التّساؤل موجودة في ثنايا القانون نفسه، وتحديداً بالفصل 7 منه، الذي لا يعتبر الشّركاء (حتى المسيّرين للشركة) من التجار، وفي هذا استثناء من أحكام الشركات خفيّة الاسم التي تمنح الرئيس المدير العام صفة التاجر (الفصلان 72 مكرر و 73 م.ت.) .

وبذلك يمكن القول أن هذه الشركات المهنيّة لها صفة تاجر كشخص معنوي، أما الشركاء فيها فلا يكتسب أي منهم صفة تاجر.

ج - عدم السّقوط Non - déchéance :

قد يمنع المشرّع بعض الأشخاص من مزاولة التجارة إثر ارتكابهم لأفعال إجراميّة معينة تتعلّق بميدان تجارتهم[1]، أو في حالة إشهار إفلاس التاجر دون أن يردّ اعتباره.

---

(1) - Cf., Dominique LEGEAIS, Droit commercial, 10e. éd., Dalloz (Sirey) , Paris, 1995, p. 39.

وسقوط حق هؤلاء في مزاولة التجارة يقصد به حماية الأخلاق التجاريّة والائتمان والثقة من جهة، وتطهير الحِرف التجاريّة من المحتالين والنصّابين من جهة أخرى[1].

ولا يوجد نص عام في التشريع التونسي يقنن كل حالات السّقوط، كما فعل المشرّع الكويتي مثلاً في الفصل 25 من القانون التجاري، الذي حدّد حالات السقوط وجعل من مخالفة نظام السقوط جريمةً معاقباً عليها، حيث ينص هذا الفصل على أنه : «لا يجوز للأشخاص الآتي بيانهم ممارسة التجارة :

أولاً : كل تاجر شهر إفلاسه خلال السنة الأولى من مزاولته التجارة، ما لم يُرَدّ إليه اعتباره.

ثانياً : كل من حكم عليه بالإدانة في إحدى جرائم الإفلاس بالتدليس أوالغشّ التجاري أوالسرقة أوالنهب أوخيانة الأمانة أوالتزوير أواستعمال الأوراق المزوّرة مالم يردّ اليه اعتباره.

ويعاقب كل من خالف هذا الحظر بالحبس مدة لا تجاوز سنة واحدة وبغرامة لا تجاوز مائتين وخمسين ديناراً أو بإحدى هاتين العقوبتين، مع الحكم بإغلاق المحل التجاري في جميع الأحوال».

ولئن خلا التّشريع التجاري التونسي من نصّ عام مُنظّم لحالات السّقوط، فإنّه أورد نصوصاً متفرقة خاصّة بالبعض منها، فالفصل 6 م.إ.ع. مثلاً أسقط من أهليّة المفلس وجعله بمثابة الصّغير المميّز، أي أن أهليّته مقيّدة[2].

هذا يؤدّي إلى سقوط حق المفلس في ممارسة التّجارة إلى أن يرّد له اعتباره ويستعيد أهليّته الكاملة، وهو ما يؤكده الفصل 457 م.ت. حيث ينص على أن : «الحكم بالتفليس يترتب عليه قانوناً من تاريخ صدوره رفع يد المدين عن إدارة جميع مكاسبه والتصرف فيها حتى المكاسب التي يكتسبها بأيّ وجه من الوجوه مادام في حالة تفليس...».

---

(1) – انظر، دليل القانون التجاري المغربي، وزارة العدل المغربية، سلسلة الدلائل والشروح القانونية (رقم 2) ، المطبعة العالميّة ، (طبعة غير مؤرخة)، الرّباط ، ص 16.

– أيضاً، شكري السباعي، مرجع سابق، ج. 3، ط. 1993 ، ص 189 ماب.

(2) – ينص الفصل 6 م.إ.ع. على أنه: «للأشخاص الآتي بيانهم أهليّة مقيدة وهم :

أ) الصغير الذي عمره بين ثلاث عشرة والعشرين سنة كاملة إذا عقد بدون مشاركة أبيه أووليّه.

ب) .....

ج) والمحجور عليهم لتفليسهم...».

ومن حالات السقوط أيضاً ما جاء في الفصل 2 من المرسوم عدد 11 المؤرّخ في 27 سبتمبر 1985[1] المتعلق بتنظيم تجارة التوريد، إذ ينص هذا الفصل في سياق بيان شروط تعاطي هذه التجارة على أنه :«يمكن للأشخاص أوالذّوات المعنوية طلب بطاقة تاجر موردّ إذا توفّرت فيهم الشروط التالية :

- ....

5 - عدم ارتكاب مخالفة خطيرة لتراتيب الصّرف والتجارة الخارجيّة.

6 - أن لا يكونوا قد حُكِم عليهم من أجل تزوير وثائق أو سرقة أو خيانة مؤتمن أو إصدار صك بدون رصيد أو تحيّل أو جنح تعاقب عليها القوانين المتعلّقة بالتحيّل أو الاستحواذ على أموال أو قِيَم، أو من أجل جنحة في الإفلاس الاحتيالي.

ويجب أن يتوفّر الشرطان الخامس والسادس في مسيّري الذّوات المعنوية».

ومن الأمثلة على السقوط ما ورد بالفصل 20 من قانون تنظيم البنوك الصادر في 7 ديسمبر 1967 (والمعدل بقانون 28 ديسمبر 1978)، الذي نص على سقوط حقّ إدارة أوتصرف أوتسيير أومراقبة أووكالة بنك، إذا كان الشخص قد صدر عليه الحكم بجريمة تزوير أوسرقة أوخيانة مؤتمن أوتحيّل أواستيلاء على أموال الغير أوإصدار شيك بدون رصيد أومخالفة تراتيب الصرف أوصدر عليه حكم بالإفلاس[2].

أيضاً الفصل 85 من قانون 9 مارس 1992[3] المتعلق بإصدار مجلة التأمين، ينص على سقوط الحقّ بإدارة مؤسسة التّأمين أوالتصرف بها أومراقبتها، إذا صدر ضد الشخص حكم بجناية أوجنحة قصدية أو من أجل مخالفة تشريعات التأمين أوصدر ضده حكم بالتفليس.

وبالرجوع إلى الفصل 30 من المجلة الجنائيّة نجد حالة سقوط خاصة، حيث ينص على أنه :«يكون حتماً كل محكوم عليه في جناية واحدة بالسّجن لمدة تتجاوز عشرة أعوام من تاريخ الحكم عليه إلى إتمام مدة عقابه تحت قيد

---

(1) - منشور بالرائد الرسمي. عدد 69 المؤرّخ في 4 اكتوبر 1985، ص 1297.

(2) - Cf., N. MEZGHANI , Op. Cit., Vol. 1, p. 179.

(3) - القانون عدد 24 لسنة 1992، منشور بالرائد الرسمي.عدد 17 المؤرّخ في 17 مارس 1992، ص 315.

الحجر. ويعين له مقدّم للقيام بإدارة مكاسبه، بحيث إنه لا يمكنه التصرف فيها إلا بالإيصاء ، كما لا يمكنه قبول مبلغ ولو جزئي من ربحها.

وترجع له مكاسبه عند انقضاء مدة عقابه، ويحاسبه حينئذ المقدّم على تصرفه مدة تقديمه».

ما يمكن قوله هنا إنه من المحبّذ لو عمد المشرّع التونسي إلى جمع حالات السقوط بنصّ عام، واتخاذ موقف واضح من خرق المنع القانوني لمزاولة التجارة أو سقوط هذا الحق، كما هو الحال في الفصل 13 من مشروع القانون التجاري المغربي الذي تبنّى الاجتهاد القار فيما يتعلق بهذه المسألة،إذ ينص على أنّه : «يُعتبر تاجراً كل شخص مارس التجارة رغم وقوعه في حالة الحظر أو السقوط أو التنافي».

يعلق الأستاذ السباعي بقوله «... إن نظام التنافي والسقوط والرخصة ليس نظاماً للمخالف وإنما نظام حماية للأغيار... ويكتسب المخالف صفة تاجر من جديد ويسلط عليه نظام الإفلاس أو التفالس ... فإن لم نقرر هذا نكون قد كافأناه على خرقه للقانون...»[1].

ثانياً : القواعد الخاصّة

. هناك قيود تنظيميّة تتعلق ببعض الأنشطة التجاريّة، نتجت عن تدخل الدولة في القطاع الاقتصادي باسم المصلحة العامة، أو من أجل الحصول على موارد مالية، وتشكل هذه القيود حداً لمبدأ حرية التجارة والصناعة. بالإضافة إلى قيود أخرى فرضتها طبيعة بعض المهن التجارية[2] وأهم هذه الضوابط ما يلي :

أ - الأنشطة المحتكَرة من طرف الدولة :

قد تحتكر الدولة بعض الأنشطة التجاريّة وتمنعها على الغير[3] ، وذلك تنفيذاً لاستراتيجيّة اقتصاديّة واجتماعيّة معينة.

---

(1) – شكري أحمد السباعي، مرجع سابق، ج. 3، ط. 1993، ص 193 و 194.

(2) – أحمد بن سدرين، مرجع سابق، ص 20 و 21.

(3) – انظر مثلاً قرار كاتب الدولة للمالية والتجارة المتعلق بقائمة منتجات محتكرة من الدولة، رائد رسمي. عدد 16 تاريخ 31 مارس 1960، ص 525.

وتمارس الدولة هذه الأنشطة مباشرة أوتفوّض به بعض هيئاتها أومؤسساتها العامّة، فمثلاً تتمتع الدولة التونسية باحتكار البث الإذاعي، وأيضاً احتكار تجارة الحلفاء (بموجب القانون عدد 64 المورّخ في 2 ديسمبر 1957).

كما منحت احتكار تجارة التبغ والوقيد انتاجاً وتسويقاً للوكالة القوميّة للتبغ والوقيد (بموجب القانون عدد 57 المؤرّخ في 28 ديسمبر 1964). ومنحت أيضاً للشركة التونسيّة للكهرباء والغاز احتكار انتاج وتوزيع واستيراد وتصدير الكهرباء والغاز (بموجب المرسوم عدد 8 المؤرّخ في 3 أفريل 1962 والمعدل بقانون 2 ديسمبر 1970) [1] . ومنح احتكار توريد الذّهب للبنك المركزي (بالقانون عدد 46 بتاريخ 19 ديسمبر 1963).

وقد قضت محكمة التعقيب التونسيّة في قرار لها بأن الشركة القوميّة لاستغلال وتوزيع المياه هي شركة تدير مرفقاً عاماً اقتصادياً محتكراً من طرف الدولة، وتعهد الدولة بإدارته لأشخاص من القانون الخاص[2].

ب - الأنشطة الخاضعة للترخيص الإداري :

تنظّم الدولة أحياناً بعض الأنشطة التجاريّة، وتشترط لاحترافها الحصول على الترخيص المسبق أو الإذن L'autorisation ، ويبرر ذلك أهميّة هذه الأنشطة ومكانتها المرموقة في الحياة الاقتصاديّة أو طبيعة هذا الصنف من التجارة والذي يستدعي مراقبتها المسبقة والسعي لتحقيق السلامة من بعض المخاطر أوتأمين الصحة للمجتمع.

من أمثلة الأنشطة الخاضعة للترخيص المسبق مهنة الباعث العقاري[3]، حيث ينص الفصل 6 من قانون البعث العقاري لعام 1990 [4] على أنّه : «يجب على الباعثين العقاريين الحصول على ترخيص مسبق لكي يتمكنوا من ممارسة الأنشطة المحددة بالفصل الأول من هذا القانون ...».

---

(1) - N. MEZGHANI, Op. Cit., Vol. 1, p. 181.

(2) - تع. مد. عدد 26409 تاريخ 24 أفريل 1990، ن.مح. تع. 1990ص 189.

(3) - انظر، محمد الصالح السبري، الباعث العقاري، رسالة لنيل شهادة ختم الدروس بالمعهد الأعلى للقضاء بتونس، وزارة العدل، الفوج الرابع (السنة القضائية 92 - 1993)، ص 11.

(4) - القانون عدد 17 المؤرّخ في 26 فيفري 1990 ، رائد رسمي. عدد 17 تاريخ 6 مارس 1990، ص 319.

أيضاً تجارة المشروبات تستوجب الرخصة الإداريّة، وذلك استناداً الى الفصل الأول من القانون عدد 14 لعام 1998[1] . وكذلك المقاهي والنقل العمومي[2] ، وصناعة السينما من إنتاج وتوزيع واستغلال (قانون عدد 19 لعام 1960 المتعلق بتنظيم الصناعة السينمائيّة) ووكيل الأسفار يحتاج إلى الترخيص الإداري المسمى (إجازة وكالة أسفار) بموجب الفصل 3 من المرسوم عدد 13 المؤرّخ في 17 أكتوبر 1973 المتعلق بتنظيم وكالات الأسفار . أيضاً تجارة الأسلحة (فصل 5 من قانون 33 المؤرّخ في 12 جوان 1969). وكذلك الإتجار بالقطع الأثريّة[3].

ويمكن اعتبار نظام بطاقة التاجر الأجنبي التي فرضها المرسوم عدد 14 المؤرّخ في 30 أوت 1961 بمثابة ترخيص لممارسة الأجنبي للتجارة في تونس[4].

ج - الأنشطة الخاضعة لشرط خاص :

تخضع بعض الأنشطة التجاريّة التي تتطلب مقدرة مهنيّة أو تخصّصاً علمياً لشروط خاصة يجب توفرها لاحتراف هذه الأنشطة ، فمن يحترف الصيدلة مثلاً يجب أن يكون حائزاً على شهادة علمية تخوّله الحق في مزاولة هذه المهنة (فصل 1 من قانون تنظيم المهن الصيدليّة)[5].

وقد يشترط القانون أحياناً الجنسيّة الوطنيّة لمحترفي بعض المهن التجاريّة ويحرم على الأجانب ممارستها.

« ... لعل هذا الأمر يعود إلى الرغبة في حماية التجّار الوطنيين من المنافسة الأجنبيّة، وإن كانت هذه الاعتبارات تتعارض في الواقع مع مبدأ الحرية التجاريّة والتطور الذي تعرفه التجارة الدوليّة بصفة عامة... »[6].

---

(1) – القانون عدد 14 مؤرّخ في 18 فيفري 1998 ، رائد رسمي. عدد 15 مؤرّخ في 20 فيفري 1998، ص 372.

(2) - Cf., N. MEZGHANI, Op. Cit., vol. 1, p. 182.

(3) – انظر ، عصام الأحمر، حماية التراث في القانون التونسي، قت. أكتوبر 1996، ص 360.

(4) - Sami FRIKHA, L'accès des personnes physiques de nationalité étrangère aux droits économiques. Op. Cit. p. 24.

(5) – قانون عدد 55تاريخ 3 أوت 1973، رائد رسمي. 10 – 14 أوت 1973، ص 1388.

(6) – محمد نخلي، مرجع سابق، ص 48.

من الأمثلة على ذلك ما جاء بالفقرة الأخيرة من الفصل 56 من قانون عدد 117 لعام 1994[1] المتعلق بإعادة تنظيم السوق المالية، حيث اشترط الجنسيّة التونسيّة على وسطاء البورصة،أفراداً كانوا أم شركات متخصّصة في البورصة.

كذلك ما جاء بالفصل 73 من مجلة التأمين [2] الذي اشترط في الفقرة الأولى منه الجنسيّة التونسيّة لاحتراف مهنة وسيط تأمين.

وقد يشترط المشرّع التفرّغ لنشاط تجاري معين، ولا يجوز الجمع بينه وبين أي مهنة أخرى ، ومثال ذلك وسطاء البورصة الذين فرض عليهم المشرّع ممارسة مهنتهم على وجه التفرّغ، حيث نصّت الفقرة 2 من الفصل 55 من قانون تنظيم السوق المالية لسنة 1994 المذكور آنفاً أنّه : «يجب أن يُمارس نشاط الوساطة في البورصة على وجه التفرّغ،ولا يمكن جمعه مع أي نشاط مهني آخر»[3].

إن هذه الأحكام والقواعد السابقة تبيّن الصّبغة التجاريّة للحِرفة، لكن التعرّف على الحِرف التجاريّة بصفة أدقّ يستوجب التعرض لمختلف طوائفها وفئاتها.

---

(1) - قانون عدد 117 مؤرّخ في 14 نوفمبر 1994، رائد رسمي. عدد 90 تاريخ 15 نوفمبر 1994، ص 1971.

(2) - قانون عدد 24 مؤرّخ في 9 مارس 1992، رائد رسمي. عدد 17 تاريخ 17 مارس 1992، ص 315.

(3) - انظر، سامي بن فرحات، التشريع الجديد للسوق المالية بالبلاد التونسيّة. مطبعة فن الطباعة، تونس، ط. 1، 1996، ص 17.

الفصل الثاني
طوائف الحِرَف التجاريّة

عدّد الفصل 2 م.ت. أهمّ الأنشطة الّتي يمكن ممارستها كمهنة تجاريّة وهي على سبيل الذكر لا الحصر[1] ، حيث تنصّ الفقرة الثّانية من هذا الفصل على أنّه: «يعدّ تاجراً بالخصوص كلّ من يباشر على وجه الاحتراف :

- استخراج المواد الأوليّة
- صنع المواد المكيّفة وتحويلها
- شراء المكاسب مهما كان نوعها وبيعها وتأجيرها
- الانتصاب لحفظ الودائع بالمخازن العموميّة أو القيام على إدارتها
- نقل المكاسب والأشخاص برّاً وبحراً وجوّاً
- عمليات التّأمين البرّي والبحري والجوّي على اختلاف أوضاعها
- عمليات الصّرف والمصارف والبورصة
- عمليات توسّط العملاء والسّمسرة
- استغلال وكالات للقيام بشؤون العموم
- استغلال منشئات الملاهي العموميّة
- استغلال منشئات الإشهار والطّباعة والإخبار بالأنباء أو الإرشادات ونقلها...».

هذه الأعمال قد تستجيب لمعيار واحد من معايير التجاريّة (الإنتاج - التّداول - المضاربة - التوسّط) أو ينطبق عليها بأن واحد أكثر من معيار.

والملاحظ أنّ المشرّع لم يخصّص فصلاً مستقلاً للأعمال التجاريّة، وإنّما ذكر هذه الأعمال في معرض التّعريف بالتّاجر، فهي مهن تجاريّة لأنّها إذا تمّت بصورة منفردة ومعزولة عن نطاق الحِرفة فإنّها تكون أعمالاً مدنيّة[2].

---

(1) - يمكن القياس على قائمة الأنشطة المذكورة في الفصل 2 م.ت. بالنّسبة لأيّ عمل يستجيب لأحد معايير التجاريّة ، ويستفاد الطّابع الذكري للقائمة من عبارة (يعدّ تاجراً بالخصوص...) الواردة في مطلع الفقرة الثّانية من الفصل .
وبهذا يحافظ المشرّع التّونسي على الطّابع المرن للقانون التّجاري ليكون قادراً على مسايرة التطوّر وحركيّة المهنة التجاريّة.

(2) - حبّذا لو خصّص المشرّع التّونسي فصلاً خاصّاً يعرّف بالأعمال التجاريّة حتى تكون الصّياغة أكثر دقّة وتزيل اللّبس والغموض .

وهذا ما يتنافى مع رأي الأستاذة نبيلة المزغنّي الّتي اعتبرت هذه الأنشطة أعمالاً تجاريّةً بطبيعتها Par nature [1]،أي أنّها تكون دائماً تجاريّةً حتى لو تمّت بصورة منفردة أو لمرّات متفرّقة ، في حين أنّ المشرّع التّونسي لا يعتبرها تجاريّةً بصورة مطلقة ، بل لابدّ أن تكون على سبيل الاحتراف أو الاعتياد حتى تكون تجاريّة ، وتصحّ التّسمية السّابقة في بعض التّشريعات الّتي لا تربط بين الاحتراف وتجاريّة العمل ، إذ تعدّد الأعمال الّتي تعدّ تجاريّة حتّى لو تمت بصورة منفردة (كالتّشريعين السّوري واللّبناني مثلاً).

ونتساءل : هل يمكن للأفراد احتراف أيّ نشاط من الأنشطة المُعدّدة في الفصل 2 م.ت. أم انحصر حقّهم في بعضها ؟

إنّ العديد من الأنشطة التّجاريّة لا يكفي شرط الاحتراف فيها ليكون للشّخص الّذي يزاولها صفة التّاجر، بل لابدّ له من ممارستها من خلال مؤسّسة، بالإضافة إلى تحجير بعض الأنشطة على الأفراد لتكون حكرًا على الشّركات أوالمؤسّسات العموميّة .

لذا يقتصر التّحليل في هذا الفصل على المهن التجاريّة الّتي بقي للأفراد حقّ ممارستها كحرفة لهم ، ويمكن تقسيمها إلى حِرف تجاريّة أساسيّة (مبحث أوّل) وحِرف تجاريّة خدماتية (مبحث ثان).

---

(1) - Cf., N. MEZGHANI, Op. Cit., Vol. 1, p. 64.

المبحث الأول : الحِرف التجاريّة الأساسيّة

قد يحترف الشّخص الطّبيعي نشاطاً تجاريّاً أقرب بطبيعته إلى الفكرة التقليديّة لمفهوم التّجارة ، فهي أنشطة تعتبر تجاريّة أصالةً وبصورة أساسيّة .

وهذه الأنشطة تكون محوراً لحِرف تداوليّة (فقرة أولى) أو محوراً لحِرف إنتاجيّة (فقرة ثانية) .

الفقرة الأولى : حِرف التّداول التجاريّة

تُعتبر هذه المهن جوهر التّجارة ومطابقة تماماً لمعنى الإتجار التّقليدي، الّذي ساد لقرون عديدة في تاريخ البشريّة ، خصوصاً منها الشّراء والبيع الّذي شكّل أصل التّجارة وعمودها الفقري ، وبتوسيع المفهوم التّقليدي أصبح التّأجير أيضاً من الحِرف التجاريّة .

المشرّع التّونسي ذكر صراحةً شراء المكاسب وبيعها وتأجيرها بين الحِرف التجاريّة (أولاً) . كما اعتبر الصّرف اليدوي أيضاً نشاطاً تجارياً يجوز للأفراد احترافه كحالة خاصّة (ثانياً).

أوّلاً - شراء المكاسب وبيعها وتأجيرها :

ينطبق على هذا النّشاط أكثر من معيار للتجاريّة، فهي من أعمال المضاربة مثلاً، لأنّ قصد الرّبح متوفّر لدى صغار الباعة وكبارهم ، وهي أيضاً من أعمال التّداول، لأنّ الثروة تنتقل من تاجر لآخر إلى أن تستقرّ عند المستهلك. وكذلك الحال بالنّسبة لحِرفة التّأجير.

وقد وردت هذه الأنشطة في الفصل 2 م.ت. مطلقة ، لا يقيّد تجاريّتها إلاّ ورودها في إطار حرفة، ومن هنا نقول إنّها أعمال تخضع لمعيار الحرفة أيضاً ، حيث نصّت الفقرة الثّانية من هذا الفصل على أنّه :

«ويعدّ تاجراً بالخصوص كلّ من يباشر على وجه الاحتراف :

- ...
- ...
- شراء المكاسب مهما كان نوعها وبيعها وتأجيرها ...».

وحبّذا لو أنّ المشرّع اختار صياغة أكثر دقّةً ووضوحاً لهذه العبارة[1]، كأن تكون على النّحو التالي :

- شراء المكاسب لبيعها أو لتأجيرها ،

أو بصيغة أخرى أقرب لما أراده المشرّع :

- شراء المكاسب وبيعها أو تأجيرها.

أ - شـراء وبيـع المكاسـب :

يعتبر هذا النّشاط من الحرف التجاريّة ، بل هو أكثر الأنشطة مطابقةً لمعنى التّجارة التّقليدي ، كما قُلنا سابقاً .

وينطبق على هذا النّشاط معيار المضاربة ، لأنّ محترفه يسعى لتحقيق الرّبح ، ويبقى هذا النّشاط عملاً تجارياً سواء مارسه التّاجر من خلال أصل تجاري أو بدونه ، كما هو الحال بالنّسبة للتّاجر المتجوّل .

يرى الأستاذ هشام فرعون أنّ مدلول هذا العمل أوسع في مفهوم القانون التّجاري من مفهومه بالقانون المدني ، فهو يشمل مبادلة شيء بنقد، كما يشمل المقايضة وهي مبادلة شيء بشيء[2] .

1 - شراء وبيع المنقولات :

تتدرّج هذه المهنة في ثلاثة أشكال (من حيث الكمّ) وهي :

- تاجر الجملة
- تاجر نصف الجملة
- تاجر المفرّق (بالتّفصيل)

وعادة يختصّ تاجر الجملة بالتّعامل بسلعة واحدة أو سلع متشابهة . ويقوم بدور الوسيط بين المنتجين وتجّار التّفصيل أو نصف الجملة .

---

(1) - لأنّ حرف العطف (الواو) في اللّغة العربيّة يفيد المرافقة فيكون المعنى في العبارة المذكورة قاصراً عن الصّواب وعن مقصد المشرّع (فمن يحترف الشّراء مثلاً يعدّ تاجراً)، ولا أعتقد أنّ المشرّع أراد هذا المعنى، لأنّه ليس من المعقول أن يحترف شخص الشّراء فقط.

وبقراءة أخرى يكون المعنى (لا يعدّ تاجراً إلا من يحترف الشّراء والبيع والتّأجير سوية)، وأيضاً يكون هذا التعبير بعيداً عن مقصد المشرّع .

(2) - هشام فرعون ، القانون التّجاري البرّي ، ج. 1 ، مرجع سابق ، ص 37 .

أمّا تاجر نصف الجملة فهو يجمع بين الجملة والتفصيل ، ويكون ربحه مضاعفاً إذ يربح كتاجر جملة وكتاجر مفرّق [1].

وآخر حلقة للاتّصال بين المنتجين والمستهلكين هو تاجر التّفصيل أوالمفرد، وذلك بشرائه السّلع المناسبة لحرفته من تجّار الجملة وبيعها بالمفرد . ويطلق عليه البعض اسم تاجر التّجزئة [2].

يمكن تقسيم تجّار المفرد إلى نوعين :

- **تاجر المفرد الصّغير** : وهو يعتمد على جهوده البدنيّة في الحصول على رزقه أكثر من اعتماده على رأس المال ، وقد يكون جوّالاً أو ذا محلّ ثابت، وقد ازداد عدد المحلاّت الصّغيرة بصورة مُفرطة، لسهولة إنشائها وعدم الحاجة فيها للخبرة [3] .

- **تاجر المفرد الكبير** : ظهرت اليوم محلاّت ضخمة ذات رأسمال كبير يطلق عليها المخازن العموميّة ، وهي منتشرة في المدن الكبيرة، وتتكوّن من عدّة أقسام، وكلّ قسم يختصّ بنوع من السّلع، ويدير هذه المحلاّت مدير عام يشرف على كلّ الأقسام .

وقد تفتح هذه المحلاّت فروعاً لها في مختلف مناطق المدينة أو في المدن الأخرى ، ويتمّ البيع في هذه الفروع بسعر موحّد .

ويمكن تقسيم تجارة المنقولات من النّاحية الإقليميّة إلى تجارة داخليّة: وهي الّتي تحدث ضمن الدّولة الواحدة . وتجارة خارجيّة : ويقصد بها الاستيراد والتّصدير . وهي الّتي تتمّ بين دولتين فأكثر[4].

---

(1) - انظر ، جماعة من الأساتذة ، التّجارة وأصول التّعامل التّجاري ، دار مكتبة الحياة ، بيروت، 1975 ، ص 7 وما ب.

(2) - انظر، منير الحمش ، التّجارة الداخليّة (السّوق والتنمية) ط.1 ، الأهالي للطّباعة والنّشر والتّوزيع ، دمشق ، 1988 ، ص 34 .

(3) - انظر ، بيير كليرجيه ، مختصر في الاقتصاد التّجاري ، تعريب حسن صالح الجداوي ، المطبعة السلفيّة ، القاهرة ، 1923 ، ص 21 و 22.

(4) - جماعة من الأساتذة ، التّجارة وأصول التّعامل التّجاري ، مرجع سابق ، ص 9 و10.
- انظر ، محمود يونس ، مقدّمة في نظرية التّجارة الدّولية، الدّار الجامعيّة للطّباعة والنّشر، بيروت ، 1986 ، ص 11 وما ب.

وقد تنشأ في الدّولة مناطق تجاريّة حرّة ، وخصوصاً في الموانىء والمطارات كوسيلة لتطوير الاقتصاد والانفتاح على العالم الخارجي ودعم حرّية التّجارة[1].

ويطلق المشرّع التّونسي على التّجارة الداخليّة اسم تجارة التّوزيع، الّتي عرّفها الفصل الأوّل من قانون تنظيمها[2]، حيث ينصّ على أنّه : «يعدّ نشاط تجارة توزيع في مفهوم هذا القانون كلّ نشاط يمارس على وجه الاحتراف أو بحكم العادة للتّحصيل منه على ربح، ويتعلّق بشراء منتوجات أو سلع من السّوق الداخليّة أو الخارجيّة، قصد إعادة بيعها على حالتها في السّوق المحلّية، وذلك مع مراعاة أحكام المجلّة التجاريّة».

يمكن أن نستنتج من هذا الفصل أنّ التّجارة الداخليّة تبدأ انطلاقاً من تداول السّلع داخل الدّولة إذا كانت مستوردة من الخارج .

وقد حجّر الفصل السّابع من نفس القانون على المنتجين تعاطي تجارة التّوزيع، إذ تنصّ الفقرة الأولى منه على أنّه : «لا يمكن للمنتج على مستوى مؤسّسة انتاجه وبصفته تلك ، تعاطي تجارة التّوزيع بالجملة أو بالتّفصيل، كما عرّفها هذا القانون...».

واستثنى المشرّع بالفقرة الثّانية والثالثة من نفس الفصل بعض الحالات ، إذ أجاز بالفقرة الثّانية للمنتجين الفلاحيين والحرفيين بيع إنتاجهم بالجملة أو بالتّفصيل . بينما نصّت الفقرة الثّالثة على أنّه : «... يمكن للمنتج البيع مباشرة للمستهلك حسب شروط وتراتيب تضبط بأمر».

ويمكن التوسّع في تجاريّة احتراف بيع المنقولات وإدراج المنقولات المعنوية في الحرف التجاريّة، كشراء حقوق الملكيّة الأدبيّة وبيعها [3] أوحقوق

---

(1) – انظر ، سامي الشميلي ، المناطق الحرّة Les zones franches ، قت. أكتوبر 1996، ص 133 وما ب.

(2) – القانون عدد 44 المؤرّخ في غرّة جويلية 1991 ، رائد رسمي. عدد 49 مؤرّخ في 9 جويلية 1991 ، ص 1007 .

(3) – انظر ، حسن رسمي سليم ، مرجع سابق ، ص 42 .

– انظر ، جويدة ڤيڤة ، خواطر واستلهامات حول حماية حقّ المؤلّف وحماية البرنامج المعلوماتي ضمن قوامد التّشريع التّونسي ، قت. جوان 1997 ، ص 7 وماب.

الملكية الصناعيّة [1].

2 - شراء وبيع العقارات :

بقي هذا النّشاط في فرنسا خارج الميدان التّجاري حتى عام 1970، حيث كان الفصل 1/632 يقتصر على ذكر المنقولات، فشراء العقار بقصد بيعه كان عملاً مدنيّاً، وذلك لكي تبقى المحاكم المدنية مختصة بجميع منازعات العقار، وتخضع للقانون المدني حمايةً للملكيّة العقارية[2].

وقد بقي الكثير من الدّول التي أخذت عن القانون الفرنسي يُسير على هذا المنهج، وتستبعد العمليات المجراة على العقارات من الميدان التّجاري، كما هو الحال بالنّسبة إلى التّشريع التّجاري المصري، الّذي ينصّ في فصله الثّاني على أنّه : «يُعتبر بحسب القانون عملاً تجارياً ما هو آت :

- كلّ شراء غلال أو غيره من أنواع المأكولات أو البضائع لأجل بيعها بعينها أوبعد تهيئتها بهيئة أخرى...».

هذاالنصّ مطابق تقريباً لمحتوى النصّ الفرنسي الأصلي قبل تعديله[3] عام 1967 ، حيث صار شاملاً لكلّ الأموال المنقولة الماديّة والمعنويّة.

إلاّ أنّه بصدور القانون الفرنسي عدد 601 المؤرّخ في 9 جويلية 1970، أضيفت فقرة خاصة بالعقارات والإتّجار بها إلى الفصل 632 من المجلّة التجاريّة الفرنسيّة، واعتبرت كلّ شراءلأموال عقارية بهدف إعادة بيعها عملاً تجارياً ما لم

---

(1) - انظر ، عباس حلمي، الملكيّة الصناعية ، ديوان المطبوعات ، الجزائر، 1983 ، ص 13 وماب،
- انظر أيضاً ، فرج القصير، براءة الاختراع في القانون التّونسي ، قت. جوان 1997 ، ص 19 وما ب.
- أيضاً ، منير بن محمد ، شروط الحصول على براءة الاختراع في القانون التّونسي ، قت. جوان 1997 ، ص 43 وما ب.
- أيضاً ، سامية القطاري ، العلامة الصّناعية ، قت. جوان 1997 ، ص 73 وما ب.

(2) - انظر ، سميحة القليوبي ، مرجع سابق ، ج. 1 ، ط. 1972 ، ص 64 .
- أيضاً ، جمال الدّين عوض ، مرجع سابق ، ص 30 و 31 .

(3) - Art. 632 (al. 1) : «La loi répute actes de commerce :
- Tout achat de denrées et marchandises pour les revendre...».

يقم المشتري بتشييد أبنية لبيعها جملةً أو كلّ على حدّة [1].

أمّا القانون التّجاري التّونسي فقد جاء بنصّ مطلق، يشمل كلّ المنقولات والعقارات ، ويفهم ذلك من عبارة «شراء المكاسب مهما كان نوعها وبيعها...» الواردة في الفصل 2 من المجلّة التجاريّة .
وهذا يعني أنّ احتراف شراء العقارات وبيعها هو من الحِرف التجاريّة .

لكن نتساءل : هل يجب التّفريق بين بيع العقارات على حالها ، وبين بيعها بعد تشييد الأبنية عليها - كما فعل المشرّع الفرنسي - أم الأمر سيّان وكلاهما نشاط تجاري ؟

بالرّجوع إلى الفصل الأوّل من القانون عدد 17 لعام 1990 المتعلّق بالبعث العقاري [2] ، نجده ينصّ على أنّه : «يعدّ باعثاً عقارياً كلّ شخص مادّي أو معنوي ينجز ، قصد البيع أو الإيجار ، بصفة اعتياديّة أو من قبيل المهنة - طبقاً للتّشريع الجاري به العمل - عمليات :
- تقسيم وتهيئة أراضي مخصّصة أساساً للسّكنى
- بناء وتجديد عقارات فرديّة أونصف جماعيّة أوجماعيّة، معدّة للسّكنى أوالتّجارة أوالمهنة أوالإدارة».

فالبعث العقاري هو وظيفة تساهم في تطوير وإثراء المكاسب العقاريّة، تتمثّل أساساً في انجاز العقارات بقصد البيع أو الإيجار . وهو مهنة تساهم في إنماء التّراث القومي العقاري وتسعى للنّهوض بقطاع السّكن [3] .
«لقد عبّر بعض الشرّاح عن استغرابهم من إضفاء الصّبغة التجاريّة على مهنة الباعث العقاري، مؤكّدين في هذا المجال أنّ الفصل الثّاني من المجلّة التجاريّة التونسيّة لا يهمّ إلا حالة شراء المكاسب ثمّ بيعها وتأجيرها، وذلك دون ادخال أيّ تغيير عليها...» [4].

---

(1) - «Tout achat de biens immeubles aux fins de les revendre, a moins que l'acquéreur n'ait agi en vue d'édifier un ou plusieurs bâtiments et de les vendre en bloc ou par locaux...».

(2) - القانون عدد 17 المؤرّخ في 26 فيفري 1990 ، رائد رسمي. عدد 17 مؤرّخ في 6 مارس 1990، ص 319 .

(3) - انظر ، سامية الدّنداني بن سالم ، عقد البعث العقاري ، مذكرة لنيل شهادة الدّراسات المعمّقة في القانون الخاصّ ، كلية الحقوق والعلوم السياسيّة بتونس ، السّنة الجامعيّة 1995 - 1996 ، ص 3 وما ب.

(4) - محمد صالح السبري ، الباعث العقاري ، مرجع سابق ، ص 44 .

ويفهم من هذا أنّ إطلاق صياغة الفصل 2 م.ت. بالنّسبة إلى الفقرة المتعلّقة بشراء وبيع المكاسب، وعدم تعرّضه لأيّ تفرقة بين شراء وبيع العقارات على حالها وبين بيعها بعد تقسيمها أو تشديد الأبنية عليها، يُرجّح أنّ من يحترف مهنة البعث العقاري يمارس نشاطاً تجارياً ويُدرج بين التجّار، شأنه شأن من يحترف شراء العقارات وبيعها على حالها .

ب - تأجير المكاسب :

قد يتمّ هذا النّشاط مُدمجاً في النّشاط السّابق أو مستقلاً عنه ، وفي كلتا الحالتين يُعتبر من يحترف تأجير المنقولات أو العقارات ممارساً لمهنة ذات صبغة تجاريّة . وهذا ما يؤكّده القرار التّعقيبي الصّادر في 19 أكتوبر 1978 ، حيث جاء في إحدى حيثياته : «وحيث لا نزاع في كون الطّاعن يحترف مهنة تأجير العمارة ، وحيث صدر الفصل 2 من المجلّة التجاريّة بأنّه يعتبر من التجّار من يباشر على وجه الاحتراف تأجير المكاسب مهما كان نوعها ...»[1].

وقد انتشرت هذه الأنشطة بصورة كبيرة، كمكاتب تأجير السيارات أوالسّفن .

وشراء المكاسب لتأجيرها هو نشاط تجاري ، كذلك هو الحال بالنّسبة إلى لاستئجار المكاسب لتأجيرها ، وحتى لو كان مصدر هذه المكاسب الإرث أو الهبة، فيبقى احتراف هذه الأنشطة من الأعمال التجاريّة . هذا بخلاف القانون التّجاري الفرنسي الّذي لا يعتبر كراء المنقولات عملاً تجارياً إلاّ إذا تمّ في إطار مؤسّسة (فقرة 4 من الفصل 632 من المجلّة التجاريّة الفرنسيّة) :

- « Toute entreprise de location de meubles » .

أمّا كراء العقارات فقد بقي في فرنسا عملاً مدنياً ، ولا يكتسب محترف هذا النّشاط صفة التّاجر[2].

ثانياً - الصّرف اليدوي :

يتمتّع الصرف اليدوي ببعض الخصوصية في ممارسته كحرفة بذاتها (ب)، ويمكن أن تكتسب الصبغة التجاريّة (أ).

---

(1) - تع. مد. عدد 1354 مؤرّخ في 19 أكتوبر 1978 ، ن. مع. تع 1978 ، ج. 2 ، ص 102.

(2) - Cf., C. Com. F. annoté , (Codes Dalloz) Jurisprudence Générale , Dalloz, Paris, 83ème éd., 1988, p. 243, n° 10.

أ - تجاريّة أعمال الصّرف :

تندرج أعمال الصّرف ضمن أنشطة البنوك أصلاً ، وهو ما جاء بالفصل 2 من قانون تنظيم مهنة البنوك [1]، الّذي ينصّ على أنّه : «يعتبر كبنوك ويخضع بموجب ذلك للمصادقة طبقاً لما جاء به هذا القانون، كلّ المؤسّسات الّتي تتعاطى العمليات التّالية بصفة نشاط عادي:

- ...

- القيام كوسيط بعمليات البورصة أو الصّرف...».

وبما أنّ الفصل 2 من المجلّة التجاريّة اعتبر أنّ : «عمليات الصّرف والمصارف والبورصة» من الأنشطة التجاريّة إذا مارسها الشّخص على سبيل الاحتراف.

كان من المفروض الاستناد بصورة مطلقة على هذا الفصل لتقرير تجاريّة أعمال الصرافة .

إلاّ أنّه وبالرّجوع إلى الفصل 12 من قانون تنظيم مهنة البنوك، نجد أنّ المشرّع اشترط لممارسة المهنة البنكيّة أن تكون على شكل شركات خفيّة الاسم أوشكل خاص يقرّره نصّ قانوني .

هذا يعني إغلاق الأبواب في وجه الأفراد الرّاغبين في احتراف النّشاط البنكي، بل في وجه جميع الشّركات أيضاً عدا خفيّات الاسم .

والصّرافة نشاطٌ يتمظهر في أخذ شكلين :

1 - الصّرف اليدوي Change manuel : وتتمّ فيه مبادلة نقود بنقود من عملة أخرى بنفس المكان، بطريق المناولة اليدويّة .

2 - الصّرف المسحوب Change tiré : ويتمّ فيه إعطاء النّقود البديلة في بلد آخر ، وبالتّالي يحمل العميل مجرّد أمر بالصّرف ، يحصل بمقتضاه على نقوده عندما يصل إلى ذلك البلد فيتجنّب مخاطر النّقل ، ويعتبر عقد الصّرف المسحوب هو الأصل في نشأة الكمبيالة كورقة تجاريّة [2].

---

(1) - قانون عدد 51 مؤرّخ في 7 ديسمبر 1967، رائد رسمي. مؤرخ في 12 ديسمبر 1967، ص2140.

(2) - علي البارودي ، مبادئ القانون التّجاري والبحري ، دار المطبوعات الجامعيّة ، الاسكندريّة، (طبعة غير مؤرّخة) ، ص 63 .

- انظر ، مصطفى كمال طه ، القانون التّجاري اللّبناني ، ج. 1 ، مرجع سابق ، ص 81 .

ب - خصوصيّة الصّرف اليدوي :

إنّ عمليات الصّرف من الأنشطة الّتي تستوجب الرّخصة الإداريّة، عملاً بالفصل 17 من الأمر عدد 608 المؤرّخ في 27 جويلية 1977 المتعلّق بتنظيم الصّرف والتّجارة الخارجيّة [1].

والبنوك هي الّتي تقوم بهذا النّشاط أساساً ، وهي لا تباشر نشاطها إلاّ بعد الحصول على المصادقة القانونيّة ، بموجب الفصل 2 من قانون تنظيم المهنة البنكيّة لعام 1967 .

إلاّ أنّ المشرّع التّونسي أجاز لوزير المالية التّرخيص لبعض مصالح النُّزل بمزاولة الصّرف اليدوي، تسهيلاً للسوّاح في تبديل عُمْلاتهم [2] ، في حين أنّ الصّرف المسحوب بقي من اختصاص المؤسّسات البنكيّة ، ولا يكفي الاحتراف للقيام بهذا النّشاط .

الفقرة الثانية : حِرف الإنتاج التجاريّة

تمثّل مرحلة الإنتاج محوراً أساسيّاً في الدّورة الاقتصاديّة الكلّية ، وفيها يتمّ تشغيل عناصر الإنتاج (رأسمال - يد عاملة...) بهدف إنتاج سلعة معيّنة[3] .

والحِرف الإنتاجيّة قد تكون مهناً استخراجيّة (أوّلاً) أو صناعيّة (ثانياً).

أولاً - المهن الاستخراجيّة :

تشكّل هذه المهن جزءاً هامّاً من الأنشطة الانتاجيّة، حيث تؤمّن المواد الأوّلية اللازمة للصّناعة كالبترول والمعادن .

ولا بأس من استعراض موقف التّشريع المقارن من هذا النّشاط (أ) قبل التعرّف على موقف المشرّع التّونسي من تجاريّة هذه المهن (ب) .

---

(1) - رائد رسمي عدد 52 بتاريخ 29 جويلية و2 أوت 1977 ، ص 2161.

(2) - خير الدّين الآجري ، الجامع للقوانين الخاصّة بعمليات البنوك ، دار النّجاح للطّباعة والنّشر والتّوزيع ، تونس ، 1979 ، ص 151 .

(3) - منير الحمش ، مرجع سابق ، ص 14 .

أ - موقف التّشريع المقارن :

إنّ دراسة موقف التّشريع الفرنسي من الصّناعات الاستخراجيّة يحتلّ أولويّة، قبل أن ننتقل إلى مواقف بعض التّشريعات العربيّة، لبيان مدى الاعتراف بتجاريّة هذه الأنشطة ، لأنّ القانون التّجاري الفرنسي يعتبر مصدراً أساسيّاً لأغلب هذه التّشريعات .

1 - التّشريع الفرنسي :

بقيت الأنشطة الاستخراجية في فرنسا مدنيّةً حتى عام 1919، وفقاً للمبدأ التّقليدي المُسلّم به في التّشريعات اللاّتينيّة، الّذي يقضي بأنّ استثمار الأرض واستنباط ثروات الطّبيعة واستخراج المعادن والبترول والرّمال والأحجار والمياه هي جميعها من الأعمال المدنيّة ، لأنّه لا يتوافر فيها عنصر الوساطة وتداول الثّروة شأنها شأن الأعمال الزراعيّة[1] .

ثمّ صدر قانون 9 سبتمبر 1919 ، الّذي اعتبر في الفصل 5 منه أنّ استغلال المناجم العميقة يعدّ من الأعمال التجاريّة [2] .

وأكّد ذلك الفصل 23 من مجلّة المناجم Code minier الصّادرة في 16 أوت 1956 :

«L'exploitation des mines est considérée comme un acte de commerce ...» [3].

ثمّ صدر القانون عدد 1 المؤرّخ في 2 جانفي 1970 ، الّذي عدّل بعض نصوص مجلّة المناجم، واعتبر الأعمال المتعلّقة باستغلال المناجم القريبة من سطح الأرض minières أعمالاً تجاريّة أيضاً .

بهذا يكون المشرّع الفرنسي قد اجتزأ من الأعمال الاستخراجيّة - الّتي يعتبرها أصلاً أعمالاً مدنيّة - استغلال المناجم[4] بكلّ أنواعها العميقة وغير العميقة، وأدخل هذا النّشاط في الميدان التّجاري ، وأبقى استغلال مقالع الحجارة والمرامل والمالح ومكامن المياه أعمالاً مدنيّة[5].

---

(1) - انظر : أحمد المحمود ، مرجع سابق ، ص 123 .

(2) - Cf., Ency. D. Com., (actes de commerce), p. 19, n° 252.
- Jean-Pierre LEGALL, Droit commercial, 10è. éd., Dalloz, Paris, 1985, p. 19.

(3) - Cf., Alain VIANDIER, Droit commercial, 1ère éd., P.U.F., Paris, 1986, p. 66.
- RIPERT et ROBLOT, Op. Cit., T. 1, p. 109 , n° 160.

(4) - المنجم : هو مكمن طبيعي تُستخرج منه الفلزات المعدنية والفحم . ويمكن إلحاق حقول البترول بالمناجم .

(5) - انظر ، سميحة القليوبي ، مرجع سابق ، ص 60 .

2 - مواقف بعض التّشريعات العربيّة :

بقي التّشريع المصري المأخوذ عن القانون الفرنسي راكداً في موضوع الأعمال الاستخراجية ، ولم يدخلها في الميدان التّجاري مُبقياً على النظرة التقليديّة لهذه الأنشطة[1] ، وسار التّشريع المغربي الحالي بنفس الاتّجاه[2].

أمّا المشرّع اللّبناني فقد اشترط لتجاريّة المناجم والبترول أن تزاوَل من خلال مؤسّسة، وهذا ما نصّت عليه الفقرة 13 من الفصل السّادس من القانون التّجاري اللّبناني «مشروع المناجم والبترول»[3] .

وقد أخذ النصّ حرفيّاً في القانون التّجاري السّوري (فصل 1/6). ويعلق الأستاذ هشام فرعون بقوله : «إلا أنّ الشّيء الملاحظ في هذا الشّأن ، أنّ المشرّع لم يقرّر مبدأ عامّاً يقضي باعتبار الصّناعات الاستخراجيّة تجاريّة ، ولكنّه اجتزأ بعضاً منها واعتبره تجارياً ... وليس لهذا التشدّد ما يبرّره...»[4] .

أمّا التّشريع التّجاري الجزائري فقد توسّع في تجاريّة الأعمال الاستخراجيّة، لكنّه اشترط أيضاً ممارستها في إطار المؤسّسة ، حيث نصّت الفقرة السّابعة من الفصل 2 من القانون التّجاري الجزائري الصّادر في 26 سبتمبر 1975 على أنّ : «كلّ مقاولة لاستغلال المناجم أو المناجم السطحية أومقالع الحجارة أو منتوجات الأرض الأخرى» تعتبر أعمالاً تجاريّة .

يقول الأستاذ أحمد محرز مُعلّقاً : «وقد قرّر المشرّع تجاريّة مشروعات هذه الاستغلالات ، سواء أكان القائم بها يمتلك مصدر الإنتاج - أي يمتلك أرض المنجم أو المحجر- أو لا يملكه، كصاحب حقّ الامتياز للاستغلال فترة معيّنة...»[5].

---

(1) - محمّد توفيق السّعودي ، مرجع سابق ، ج. 1 ، ص 60 و 61 .

(2) - مشروع القانون التّجاري المغربي في فصله السّابع أدخل التّنقيب عن المعادن والمحاجر والمقالع واستغلالها في الأعمال الّتي تكتسب الصّفة التّجاريّة بالممارسة الاعتياديّة أوالاحتراف .

- انظر ، شكري أحمد السّباعي ، مرجع سابق ، ج. 1 ، ط. 1988 ، ص 271 .

(3) - انظر ، أحمد المحمود ، مرجع سابق ، ص 123 .

- انظر أيضاً ، هاني محمد دويدار ، مرجع سابق ، ج. 1 ، ص 88 و 89 .

- أيضاً ، سمير عالية ، مرجع سابق ، ص 82 و83 .

(4) - هشام فرعون ، مرجع سابق ، ج. 1 ، ط. 1989 ، ص 76 .

(5) - أحمد محرز ، القانون التّجاري الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعيّة ، الجزائر، 1980، ص 78.

ب - موقف التشريع التونسي :

أورد المشرّع التّونسي : «استخراج المواد الأوليّة» على رأس قائمة الأعمال المعدّدة في الفصل الثّاني من المجلّة التجاريّة، حيث اعتبرها أنشطة تجاريّة إذا زاولها الشّخص كحرفة له .

وممّا يشدّ الانتباه أنّ التّشريع التّونسي اعتبر مطلق عمليات استخراج المواد الأولية أعمالاً تجاريّة ، خلافاً لأصله الفرنسي الّذي اجتزأ بعض الأعمال الاستخراجيّة (وهي المنجميّة فقط) وأدخلها الميدان التّجاري .

وبذلك يعتبر موقف المشرّع التّونسي أكثر تماشياً مع تطوّر الحياة الاقتصاديّة ، ويتلاءم مع واقع العصر ، وخاصّة بعد دخول الآلات الحديثة والتقنيات العالية في مجال الصّناعات الاستخراجيّة والّتي أصبحت في أغلب الأحيان تتمّ عن طريق شركات أو مؤسّسات ضخمة[1] .

ويمكننا القول إنّ كلّ من يحترف في تونس أعمال استخراج المواد الأوّلية (معادن - فحم - بترول - أحجار - رمال - ملح ...) يعتبر نشاطه تجارياً، وهذا ما أكّده الحكم الاستئنافي المؤرّخ في 28 نوفمبر 1979 ، إذ جاء فيه : «استخراج الحجارة والرّمال وغيرها من المقطع ، واستخراج المعادن من المنجم ، كلّها من قبيل (استخراج المواد الأوّلية) الّذي هو عمل تجاري بصريح الفصل 2 من المجلّة التّجاريّة ...»[2].

وقد تستخرج المواد الأوّلية من عقار يملكه التّاجر أو عن طريق استغلال مقاطع أو مناجم الغير ، وفي الحالة الثّانية تثور مسألة تكييف العقد بين صاحب العقار والتّاجر ؟

لقد طرحت هذه المسألة على القضاء التّونسي، فلم يعتبره من قبيل الكراء التّجاري وإنّما من قبيل البيع للمواد المستخرجة، من ذلك مثلاً القرار التّعقيبي عدد 4461 الصادر سنة 1983 الّذي جاء فيه أنّ : «كراء المقاطع لاستهلاك ما فيها من حجارة لا يكتسب فيها المكتري حقّ الملك التّجاري، إذ هي ليست من

---

(1) - Cf., N. MEZGHANI, Op. Cit., Vol. 1, pp. 66 et 67.

(2) – حكم استئنافي عدد 43594 مؤرّخ في 28 نوفمبر 1979 ، مج .قا.تو، 1979، ج. 1 ، (فقه قضاء)، ص 105 .

– بنفس المعنى ، حكم استئنافي عدد 41935 مؤرّخ في 19 جويليه 1978 ، مج.قا.تو. 1979، ج. 1، ص 95 .

قبيل الأكرية التجاريّة ولا ينطبق عليها قانون الملك التّجاري، وإنّما هي من قبيل البيع...»[1].

فهذا القرار يجعل محلّ عقد استغلال المقاطع هو الحجارة المستخرجة وليس كراء الأرض، وبالتّالي لا يتمتّع المكتري بالأصل التّجاري حتى لو استغلّ المقلع أكثر من سنتين.

وقد حسم الخلاف حول هذه المسألة بصدور القانون عدد 20 لسنة 1989 المتعلق بتنظيم استغلال المقاطع[2]، في الفصل الرابع منه حيث نصت الفقرة الثانية من هذا الفصل على أنه: «لا ينطبق نظام الملكية التجاريّة على استغلال المقاطع...».

ثانياً - المهن الصناعيّة:

يشكّل القطاع الصّناعي قسماً هاماً من النّشاط الانتاجي، وقد تطوّر بصورة مذهلة أدّت إلى نشوء منافسة كبيرة وصراعات عنيفة، انعكست حتى على الصّعيد السّياسي العالمي. وتميّزت الصّناعة الحديثة بصفات خاصّة، مما جعل لها دوراً هامّاً في عمليّة النموّ الاقتصادي[3].

وقد برزت الفروق بين الدّول بصورة واضحة وأخذت أبعاداً جديدة، «فأصبح هناك المجتمع الصّناعي والمجتمع الصّناعي المتقدّم وثمّ مجتمع ما بعد التّصنيع، ويقابله بالنّسبة للبلدان النّامية مجتمع ما قبل التّصنيع والمجتمع في طور التصنيع...»[4].

يستجيب التّصنيع لمعيار الإنتاج، فيكون نشاطه تجارياً من يحترف الصّناعة إلا ما استثناه القانون. وقد عبّر المشرّع التّونسي في الفصل 2 من المجلّة التجاريّة عن ذلك بعبارة عامّة: «صنع المواد المكيّفة وتحويلها». وهذا

---

(1) - انظر، تع. مد. عدد 4461 مؤرّخ في 28 فيفري 1983، ن.مح. تع. 1983، ج. 1، ص 273.
- بنفس المعنى، تع. مد. عدد 2941 مؤرّخ في 1 مارس 1979، ن. مح. تع. 1979، ج. 1، ص121.

(2) - القانون عدد 20 مؤرخ في 22 فيفري 1989، رائد رسمي. عدد 16 مؤرخ في 3 مارس 1989، ص 340.

(3) - انظر، مارتين بريتسمان، التّصنيع في البلدان النّامية، ترجمة مفيد حلمي، دار التقدّم العربي، دمشق، 1973، ص 14 وما ب.

(4) - يحيى عرودكي، الاقتصاد السّوري الحديث، ج. 1، منشورات وزارة الثقافة والإرشاد القومي، دمشق، 1972، ص 243.

يشمل كلّ عمليّة تؤدّي إلى إعطاء صفة أو هيئة جديدة للمادّة الأوليّة، سواء بتحويلها إلى مادّة نصف مصنّعة (كتحويل القطن إلى خيوط)، أو تصنيع المادّة الأوليّة بصورة كاملة (كصنع الأثاث والسيّارات).

أ - التصنيع الجزئي :

عبّر المشرّع التّونسي عن هذا النّوع من الصّناعات بتحويل المواد المكيّفة (فقرة 2 فصل 2 م.ت.) وهو يعني تحويل المواد الأوليّة إلى مواد مصنّعة .

وقد نشأ هذا النّوع من التّصنيع نتيجة ظهور فكرة التخصّص الصّناعي ، وهي فكرة فرضتها ضرورة الصّناعات الثّقيلة وخاصّة المعقّدة منها . وبالرّغم من أنّ الصّناعة حالياً تتمّ عن طريق المؤسّسات والشّركات الكبيرة ، فقد بقيت بعض المعامل والمصانع الصّغيرة مستمرّة في نشاطها. فيعتبر مثلاً نشاطه تجارياً من يحترف تهيئة وغزل الصوف ، أو رحي الحبوب أو دباغة الجلود وغيرها .

ب - التّصنيع الكامل :

وتشمل صناعة جميع السّلع بشكلها النّهائي . وحسب الفصل 2 من المجلّة التجاريّة، فإنّ من يحترف الصّناعة يعتبر تاجراً ويخضع للقانون التّجاري حيث تنصّ الفقرة الثّانية منه : «ويعدّ تاجراً بالخصوص كلّ من يباشر على وجه الاحتراف : 1 - ...

2 - صنع الموادّ المكيّفة وتحويلها ...».

فالاحتراف في التّشريع التّونسي كاف لإعطاء النّشاط الصّناعي الصّبغة التجاريّة، إذ جاء في حيثيات أحد القرارات التعقيبيّة أنّه : «حيث نصّ الفصل 2 من المجلّة التجاريّة على أنّه يعدّ تاجراً كلّ من يباشر على وجه الاحتراف صنع المواد المكيّفة وتحويلها ... وحيث اتّضح من الإطّلاع على أوراق القضيّة والقرار المطعون فيه أنّ الطّاعن يمتهن الإتجار في تجفيف الألبان وتحويلها جبناً ويتولّى بيعها لمن يتعاطى الإتجار مع المستهلكين...» [1].

وبهذا اختلاف مع الكثير من التّشريعات، التي تشترط مزاولة هذا النّشاط في إطار مؤسّسة حتى يأخذ الصّبغة التجاريّة، من ذلك ما جاء بالفقرة5

---

(1) - تع. مد. عدد 19511 مؤرّخ في 15 فيفري 1990 ، ن. مح. تع. 1990 ، ص 248 .

من الفصل 632 من المجلّة التجاريّة الفرنسيّة، الّتي تنصّ على أنّ كلّ مؤسّسة تصنيع تعتبر من الأعمال التجاريّة :

«Toute entreprise de manufactures...»[1].

وأيضاً ما نصّ عليه الفصل 6 من قانون التّجارة اللّبناني، حيث جاء في الفقرة السّادسة منه: «مشروع المصانع وإن يكن مقترناً باستثمار زراعي، إلا إذا كان تحويل الموادّ يتمّ بعمل يدوي بسيط».

وقد أخذ المشرّع السّوري هذه الفقرة حرفيّاً في الفصل 6 من القانون التّجاري .

كماعبّر المشرّع المغربي عن ذلك بعبارة : «كلّ مقاولة للتّصنيع»، وذلك بالفصل 2/2 من قانون التّجارة .

أمّا مشروع القانون التّجاري المغربي فقد اكتفى بالاعتياد أو الاحتراف للنّشاط الصّناعي ليكتسب الصّبغة التجاريّة (فصل 7 فقرة 5)، وفي هذا تقارب كبير مع موقف المشرّع التّونسي .

وهناك بعض التّشريعات تَعتبِر الأعمال المتعلّقة بالمصانع من الأعمال التجاريّة بقطع النّظر عن صفة القائم بها أو نيّته ، كما هو الحال في القانون التّجاري الكويتي (فصل 15/5)، وكذلك الفصل 14/10 من القانون التّجاري اليمني .

أمّا المشرّع العراقي فقد اشترط أن تتمّ الصّناعة بقصد الرّبح، حتى يكون العمل تجارياً (فصل 4/5).

ونتساءل هنا عن معيار التّمييز بين الحِرفي وبين الصّناعي الصّغير؟

في الحقيقة إنّ كلا النشاطين فيه عناصر الحِرفة والارتزاق منها، وفي كلا النّشاطين يوجد أيضاً منتوج سلعي . إذن أين الاختلاف ؟

يظهر الاختلاف بين الصّناعي والحِرفي في المضاربة ، وقد عبّر الأستاذ سعيد يحيى عن ذلك بقوله : «الصّانع هو من يضارب على عمل عماله ، أمّا إذا اقتصر الشّخص على ممارسة الصّناعة بنفسه أو بمساعدة عدد قليل من الصبية أو بالاستعانة ببعض الآلات الّتي يديرها بنفسه ، فإنّه يطلق عليه حينئذ اسم الصّانع اليدوي أو الحِرفي ، مثل الحدّاد والكهربائي والنجّار...»[2].

---

(1) - Cf., Laurence BOY et Marie-Laure BERMOND, Droit commercial général, Economica, Paris, 1993, pp. 34 et 35.

(2) – سعيد يحيى ، مرجع سابق ، ج. 1 ، ط. 1980 ، ص 59 .

– انظر أيضاً ، فريد مشرقي ، مرجع سابق ، ج. 1 ، ط. 3 ، ص 54 .

– أيضاً ، أحمد غازي الحسيني ، مرجع سابق ، ص 42 وما ب.

والنّشاط الحرفي لا يخضع للقانون التّجاري، في حين أنّ الصّناعي هو محترف لنشاطٍ تجاري، ويخضع بذلك لأحكام القانون التّجاري والأعراف التجاريّة .

وعادة يشتري الصّناعي المواد اللاّزمة للصناعة، وبعد التّصنيع يعرض المنتوج للبيع . وقد عبّر عن ذلك القرار التّعقيبي المؤرّخ في 4 جوان 1981 ،إذ جاء في أحد حيثياته : «وحيث أنّ المقصود من الصّناعة ... هو من يجلب المواد الأوليّة ويحوّلها إلى أشياء متنوّعة، على أن يعرضها فيما بعد للبيع .

وحيث إنّه من الثّابت أنّ الطّاعن يستغلّ بالمكرى المتداعى بشأنه صناعة النّسيج ، الّتي تتطلّب جلب المواد الأوليّة وتحويلها إلى منسوجات مختلفة وعرضها فيما بعد للبيع ...»[1] .

أحياناً يتسلّم الصّناعي المواد الأوليّة المملوكة للغير، ويصنّعها وفق الشّروط المتّفق عليها ويعيدها مصنّعة لهؤلاء الحرفاء ، ومع ذلك يبقى هذا النّشاط تجارياً ويخضع للقانون التّجاري .

ما يمكن قوله إنّ إدخال أعمال المصانع في نطاق التجاريّة قد أزال الفارق من النّاحية القانونيّة بين التّجارة والصّناعة، رغم التفرقة بينهما في الميدان الاقتصادي .

---

(1) - تع. مد، عدد 2296 تاريخ 4 جوان 1981 ، ن. مع. تع. 1981 ، ج. 2، ص 101.

المبحث الثاني : الحِرف التجاريّة الخدماتيّة

إلى جانب الحرف التي اعتبرناها أساسية في الميدان التجاري، لأنها جوهر هذا الميدان ومُحرّكه، توجد مجموعة أخرى مساعدة ومنشّطة للحركة التجاريّة، نشأت لدعم هذه الحركة وخدمتها، فاعتبرت أيضاً من الحِرف التجاريّة خلال رحلة فقهيّة وفقه قضائيّة طويلة، مما دفع الكثير من التشريعات الى التنصيص عليها صراحة كأنشطة لها الصبغة التجاريّة، ويخضع محترفوها للقانون التّجاري، كالوسطاء المتدخلين في الميدان التجاري (الفقرة الثانية). وهناك طائفة من هذه الحِرف تبدو أكثر أهمية من الوسطاء وهي حِرف النقل والحفظ (الفقرة الأولى).

الفقرة الأولى : مهن النقل والحفظ

إن السّمة المشتركة بين هذين النشاطين هي وجود شخص أمين، يكون مسؤولاً عن سلامة المنقول أو المحفوظ، وهي مسؤوليّة كبيرة لها أهميتها في ضمان سلامة الأشخاص أو الأشياء، مما يستدعي من الناقل أو الحافظ الاهتمام المستمرّ بوسائل النقل أو مخازن الحفظ وصيانتها للوصول إلى أقل حدّ ممكن من الخسائر المادية والبشريّة، وتفادي الإفلاس وغيره من الجزاءات..

وسندرس النقل التجاري (أولاً)، ثم حفظ الودائع بالمخازن العموميّة أوإدارتها (ثانياً).

أولاً - النقل التجاري

يعرّف الفصل 627 من المجلة التجاريّة عقد النقل بانه : «اتفاق يلتزم بمقتضاه متعهد النقل مقابل ثمن، بأن يتولى إيصال شخص أو أي شيء إلى مكان معين».

يستجيب نشاط الناقل التجاري لمعيار المضاربة لتوفر قصد الربح، وهذا يبدو واضحاً في التعريف السابق.
ويستجيب هذا النشاط في بعض أنواع النقل لمعيار التداول (كما هو الحال بالنسبة لنقل الأشياء)، لأن فيه تدخّلاً في تداول الثروة، في حين أن معيار التداول غير متوفر في ميدان نقل الأشخاص.

بالرجوع الى الفصل 2 من المجلة التجاريّة، نجد أن النقل يكون تجارياً إذا تمّت مزاولته من خلال الحرفة، حيث نصت الفقرة الثانية من هذا الفصل على أنّه «يعدّ تاجراً بالخصوص كلّ من يباشر على وجه الاحتراف :

- ....
- .....

5- نقل المكاسب والأشخاص براً وبحراً وجواً...».

وبناء عليه يعتبر احتراف النقل نشاطاً تجارياً سواء تعلّق الأمر بنقل الأشياء أو الأشخاص، ومهما كانت وسيلة النقل (عربة - قطار - سفينة - منطاد - طائرة...).

«ولقد تطورت وسائل النقل تطوراً رائعاً في مجالات النقل البرّي والبحري والجوّي، وأصبحنا نشاهد ما كان يعتبر حلماً، حقيقة ملموسة تعيش معنا في حياتنا اليوميّة. ولم يقف الأمر عند ذلك بل أن المبتكرات العلمية تطلع علينا كل يوم بشيء جديد من وسائل النقل...»[1].

الملاحظ أن الاختلاف واضح بين التشريع التّونسي الذي يكتفي بالاحتراف لاعتبار النقل عملاً تجارياً والتشريعات التجاريّة المقارنة التي تشترط الكثير منها أن تتم عمليات النقل في إطار مؤسسة حتى تصبح نشاطاً تجارياً، من ذلك ما جاء في الفصل 632 من المجلة التجاريّة الفرنسيّة، الذي اعتبر كل مؤسسات النقل البرّي أو المائي عملاً تجارياً[2].

وليس غريباً أن لا يذكر المشرّع الفرنسي النقل الجوّي في هذا الفصل، لأنه لم يكن موجوداً عند وضع المجلة التجاريّة، ومع ذلك يمكن قياس النقل الجوّي على النقل البرّي والبحري واعتبار مؤسسات الطيران ذات صبغة تجاريّة، لأن التّعداد الوارد في الفصل 632 من المجلة التجاريّة ليس حصرياً.

---

(1) - عبد القادر حسين العطير، الحاريات وأثرها في تنفيذ عقد النقل البحري، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1981، نشر الدار الجامعية، بيروت، 1984، ص 7.

(2) - Art. 632 C. Com. F. «La loi répute actes de commerce :

- .....
- Tout entreprise... de transport par terre ou par eau ...».

ولأن النصّ المصري المتعلق بالأعمال التجاريّة مأخوذ عن نظيره الفرنسي، فقد أغفل أيضاً النقل الجوّي (الفصل 2 / 2 م.ت مصريّة) وكذلك النصّ المغربي (فصل 2 / 2 مجلة تجاريّة).

في حين أن المشرّع اللبناني صرّح بتجاريّة مؤسسات النقل بأنواعه في الفصل السادس من القانون التجاري حيث تنص الفقرة السابعة على : «مشروع النقل برّاً أو جوّاً أو على سطح الماء». وحرفياً ورد هذا النص أيضاً في الفصل السادس من قانون التجارة السوري.

أما المشرّع الكويتي فقد جاء بنصّ مطلق، اعتبر فيه النقل عملاً تجارياً بقطع النظر عن صفة القائم به أو نيّته (فصل 5 / 12 من قانون التجارة الكويتي) ، وبهذا يكون أكثر شموليّة من النصّ التونسي. والغريب في النصّ الكويتي أنه يشمل حتى النقل مجاناً فكل عملية نقل تكون تجاريّة، وهو موقف منتقد لأن النقل التجاري يتنافى بطبيعته مع المجانيّة.

ويمكن تقسيم النقل التجاري حسب المنقول الى نوعين هما : نقل المكاسب (أ) ونقل الأشخاص (ب).

أ - نقل المكاسب :

يتم هذا النوع من النقل بإحدى ثلاثة أشكال رئيسة وهي : النقل البرّي ، النقل البحري والنقل الجوّي. وكل شخص يحترف إحدى هذه المهن يعتبر نشاطه تجارياً بصراحة الفصل 2 من المجلة التجاريّة.

I - نقل البضائع برّاً :

تشمل هذه الحرفة جميع أشكال النقل البرّي (على الحيوانات - على العربات - على الشاحنات...). ويعتبر تاجراً الناقل المحترف لهذه المهنة، ويخضع نشاطه للقانون التجاري.

وقد جاء في قرار استئنافي مصري مؤرّخ في 24 - 12 - 1931 أن: «التعهد بنقل البضائع عملٌ تجاري...»[1]. وأيضاً في قرار لمحكمة النقض المصرية مؤرّخ في 29 - 4 - 1985 الذي جاء فيه أنّه : «يخضع إثبات عقد النقل البرّي للقواعد العامة، فيجوز إثباته بالبيّنة والقرائن مهما كانت قيمته، وذلك

---

(1) - عبد المعين لطفي جمعة، مرجع سابق، ص 157.

في مواجهة الناقل الذي يعدّ عمله تجارياً دائماً، طالما كان محترفاً لعمليات النقل...»[1].

2 - نقل البضائع بحراً :

كان الفصل 165 من مجلة التجارة البحريّة[2] قبل تنقيحها بالقانون عدد 22 لسنة 1998 [3]، يعرّف الناقل البحري بكونه: «الشخص الذي يتعهد في مقابل أجرة بنقل مسافرين أو بضائع معينة عن طريق البحر من ميناء أو مرسى إلى آخر...».

إلاّ أن تنقيح الفصول من 165إلى 170 م.ت.ب. بالقانون الآنف الذّكر، عرّف بالناقلين والمتدخّلين في عمليّة النقل بصورة مفصّلة ومتماشية مع طرائق وأساليب هذا النشاط، الذي أصبح يتمّ في العصر الحالي من خلال مؤسسات كبيرة وشركات عالميّة[4]، وبواسطة بواخر وبوارج ضخمة - وخاصة النقل الدولي - وتنظمه معاهدات دولية أهمها اتفاقية هامبورغ لعام 1978[5]. بالإضافة لقواعد القانون الدولي الخاص.

وقد صادقت تونس على معاهدة هامبورغ في عام 1980 بموجب القانون عدد 33 المؤرّخ في 28 ماي 1980 [6]، وبالتالي انحسر احتراف هذه المهنة[7] في نطاق ضيّق ومحصور في بعض السفن الصغيرة والزوارق التي تقوم بنقليات بسيطة بين موانئ الدولة الواحدة أوالمدن البحريّة المتجاورة.

---

(1) - سعيد أحمد شُعلة، قضاء النقض التجاري في عقد النقل (من عام 1931 - 1992)، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 1993، ص 19.

(2) - صدرت مجلة التجارة البحرية بالقانون عدد 13 المؤرّخ في 24 أفريل 1962 ، رائد رسمي. عدد 22 تاريخ 27 أفريل 1962، وعدد 4 ماي 1962.

(3) - القانون عدد 22 مؤرخ في 16 مارس 1998 ، الرائد الرسمي. عدد 23 مؤرخ في 20 مارس 1998، ص 567.

(4) - هشام فرعون، القانون التجاري البحري، ط.2 ، منشورات جامعة حلب، 1991، ص 33.

(5) - انظر، محمد الحبيب عويدة، اتفاقية هامبورغ وقانون النقل البحري التونسي، ق.ت. جويليه 1993، ص 26.

(6) - Cf., Slaheddine MELLOULI, La responsabilité du transporteur maritime de marchandises, thèse pour le doctorat d'Etat en Droit , Fac. Dr. Sciences Pol. Econ., Tunis, 1982, p. 14.

(7) - يمكن القول بأن صاحب المؤسسة الفردية هو محترف أيضاً، لأن التشريع التونسي لم يعطِ للمؤسسة شخصية مستقلة على صاحبها، ومع ذلك تركنا الحديث عن المؤسسات الى الباب الثاني من هذا الجزء لاختلاف عناصر المؤسسة التجاريّة عن الحِرفة التجاريّة.

ويمكن أن يُلحق بهذا النشاط جميع أشكال النقل النهري أو في البحيرات وغيرها.

وبالنسبة إلى المشرّع التونسي جاء بالنص المتعلّق بالنقل مطلقاً، إذ يمكن اعتبار من يحترف نقل البضائع بواسطة زورق صغير، شأنه شأن الناقل البحري الذي يمارس مهنته من خلال مؤسّسة أو شركة ضخمة، فكلاهما يمارس عملاً تجارياً ويخضع نشاطه للقانون التجاري.

أمّا بالنسبة إلى نقل البضائع جواً فيصعب تصوره من خلال محترف بسيط، إذ يتم عموماً عن طريق مؤسسات أو شركات الطيران.

كما يمكن إلحاق بعض عمليات النقل التي ظهرت حديثاً بالقياس (الهاتف والفاكس والتلكس) فمن يحترف مثلاً تأمين نقل المكالمات الهاتفيّة (هاتف عمومي)، يمكن اعتبار نشاطه تجارياً لتوفر معيار المضاربة وقصد الربح في مهنته.

ب - نقل الأشخاص :

هذا النشاط يتم أيضاً برّاً أو بحراً أو جوّاً، ويكفي الاحتراف لاعتباره نشاطاً تجارياً (فصل 2 م.ت) ، ويبقى العمل تجارياً سواء تعلق الأمر بنقل الأحياء أو الأموات (تمتدّ شخصيّة الميّت اعتبارياً ريثما تُصفّى تركته)[1] .

1 - النقل البرّي :

يضمّ النقل البرّي للأشخاص جميع عمليات النقل التي تتمّ بواسطة الحيوانات والسيارات والقطارات وغيرها من وسائل النقل البرّي، إلا أنّ تطوّر الحياة والتقدّم، ومتطلبات السرعة والتنظيم لهذا القطاع، أدى إلى نشوء شركات ومؤسسات كبيرة تمتلك عادة أسطولاً كبيراً من وسائل النقل، كشركات السكك الحديديّة وشركات النقل بالحافلات وغيرها، مما أدى إلى انحصار حِرفة نقل الركّاب بشكلها التقليدي ببعض الصور، التي دخل الشكّ حول مدى صبغتها التجاريّة، من ذلك مثلاً سائق سيارة الأجرة الذي ثارت خلافات فقهيّة وفقه قضائيّة حول اعتبار نشاطه تجارياً أم حِرفياً.

---

(1) - انظر ، هشام القاسم ، مرجع سابق ، ص 309 .

بالنسبة لفقه القضاء الفرنسي تذبذب في موقفه من سائق سيارة الأجرة، إذ اعتبر أحياناً عمله تجارياً، لأنه يستثمر رأس المال ويحقّق الربح بصورة رئيسة من سيارته وبصورة ثانوية من جهده وعمله اليدوي[1].

وأحياناً أخرى اعتبره حِرفيّاً ، فقد جاء في قرار تعقيبي فرنسي مؤرّخ في 4 ديسمبر 1968 : «إن سياقة سيارة الأجرة هو عمل حِرفي لا يكتسي الصفة التجاريّة»[2].

فما هو الحال في التشريع التونسي بالنسبة لهذا الموضوع ؟ إن صراحة الفصل 2 م.ت. واطلاقه تجزم باعتبار صاحب سيارة الأجرة تاجراً ، سواء قادها بنفسه أو بوآسطة سائق مأجور. وهذا ما يخالف رأي الأستاذ محمد القلاّل الذي يقول : «إن سائق سيارة الأجرة لا يُعدّ ناقلاً، باعتبار أنه يتلقى الأوامر من المسافر في كل مرحلة من مراحل السير، فيستطيع متى شاء أن يغيّر اتجاهه أويوقفه أويجعله ينتظر لقضاء بعض الشؤون الخاصة، فالعقد الذي يبرمه مع المسافر هو عقد إيجار خدمات...»[3].

فبالرغم من تنفيذ ما يطلبه الحريف من سائق السيارة، إلاّ أن النشاط الجوهري هو إيصال الراكب إلى مكان ما مقابل الأجرة، ولا يصبح السائق تابعاً للحريف، فهو إما أن يكون مجرّد أجير أوتابع لصاحب السيارة. وإما أن يكون مستقلاً ويمارس حِرفته لحسابه الخاص إذا كان هو مالك السيارة ويقودها بنفسه.

ومهنة نقل الركّاب من المهن التجاريّة التي يتطلب احترافها للرخصة الإدارية، وتستوجب تجهيز وسيلة النقل بصورة ملائمة لنقل المسافرين وإلا تعرّض الناقل للمسؤولية الجزائيّة [4].

---

(1) - Paris , 21 Octobre 1937 ; D.H. , 1937 p. 592.
- Aix, 7 Juillet 1966; R.T.D. com. 1966, p. 905, obs. JOUFFRET.

(2) - Rec. D.S. 1969 (I), p. 200.
- Cf. , Aix,6 Juin 1961; R.T.D. com. 1961, p. 583,obs. JOUFFRET.
- Paris,6 Mai 1968; R.T.D. Com. 1969, p. 38.

(3) – محمد صبحي القلاّل، عقد نقل الأشخاص برّاً ، رسالة تخرّج من المعهد الأعلى للقضاء، تونس، 1991، 1992، ص 5 و 6.

(4) – انظر في هذا المعنى ، تع. جز. عدد 10239 مؤرّخ في 5 مارس 1986 ، ن مع. تع. 1986، ص 324.

وسلامة الراكب حتى هبوطه من وسيلة النّقل، هي أيضاً من مسؤوليّة الناقل، حيث جاء في حكم مدني إبتدائي صادر في 29 أكتوبر 1962 أن «صاحب سيارة نقل الأشخاص يعتبر مسؤولاً من وقت تعهده بالمسافر بما يصيبه من الاضرار الطارئة عليه مدة النقل، إذ يجب عليه أن يوصل المسافر إلى وجهته المقصودة سالماً (الفصلان 653 و 655 من المجلة التجاريّة)...»[1].

2 - النقل الجوّي والمائي :

يمكن أيضاً اعتبار محترف النقل الجوّي أو الفضائي[2] أو البحري أو في البحيرات أو الأنهار للأشخاص سفراً أو سياحةً أو نزهةً من ذوي المهن التجاريّة، إلا أنّه عمليّاً لم يبق لصغار الممارسين لهذه المهن إلا بعض الصور، كما هو الحال لصاحب منطاد مثلاً يقوم بنقل بعض السواح في نزهة أو صاحب قارب ينقل الركاب عبر النهر أو بين الشاطئ وإحدى الجزر القريبة.

أمثال هؤلاء يمكن اعتبارهم تجاراً على معنى الفصل 2 م.ت، في حين أن النقل الجوّي أو البحري-وخاصة الدولي منه - غالباً ما يتمّ من خلال مؤسسات وشركات عملاقة ، وتُنظّمه القوانين الدولية والمعاهدات[3].

وقد صدرت أول معاهدة تنظم المشاكل الناتجة عن استغلال الجوّ للأغراض التجاريّة في عام 1929 والمعروفة بمعاهدة وارسو، التي تم تعديلها في لاهاي عام 1955 ، وتكملتها باتفاقيّة كوادالاخارا عام 1961، ثم صدر بروتوكول غوتيمالا في عام 1971 متضمناً تعديلات جوهريّة في هذه المعاهدة[4].

---

(1) - محمد الهادي بن عبد الله، (م.ف.ق.ت) ، مرجع سابق، ص 81.

(2) - انظر ، هاني محمد دويدار، قانون الطيران التجاري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 1994، ص 6 و 7.

(3) - Cf., Michel DE JUGLART, Traité de Droit aérien, T. 1, 2e. éd., L.G.D.J. Paris, 1989, p. 67 et suiv.

(4) - انظر ، رضا داود التكريتي ، مسؤولية الناقل الجوّي، قت. جوان 1985، ص 62 و 63.

- أيضاً ، محمد فريد العريني، القانون الجوّي (النقل الجوّي)، الدار الجامعية، بيروت، ط. 3، 1994، ص 22.

- أيضاً ، جلال وفاء محمدين، دروس في القانون الجوّي، الدار الجامعيّة ، بيروت ،1989، ص 27 وما بعدها.

أما فيما يخص النقل البحري للمسافرين فقد عرّفه الفصل 219 م.ت.ب على النحو التالي : «عقد النقل بحراً هو اتفاق يلتزم بمقتضاه ناقل بحري مقابل أجرة بإيصال شخص وأمتعة من ميناء معين إلى ميناء آخر...».

ويعلّق الأستاذ العنّابي على هذا الفصل بأنه يوجد عقدان الأول : أصلي يتمثّل بنقل المسافر من ميناء إلى آخر والثاني : عقد فرعي أو تبعي يتعلق بنقل أمتعته[1]. وطبعاً يكون الناقل البحري مسؤولاً عن سلامة الراكب وأمتعته إلى أن ينزل من السفينة.

وعلى صعيد النقل التجاري الدولي للركّاب تُعتبر معاهدة بروكسل المؤرّخة في 29 أفريل 1961 من أهم المعاهدات الخاصة بنقل الركّاب بحراً، وأيضاً معاهدة 27 ماي 1967[2].

وإلى جانب مهنة النقل التجاري يوجد نوع ثان من المهن الخدماتيّة التجاريّة وهي المتعلقة بحفظ الودائع.

ثانياً : حفظ الودائع بالمخازن العموميّة أو إدارتها

جاء في الفقرة الثانية من الفصل 2 م.ت. «ويعدّ تاجراً بالخصوص كل من يباشر على وجه الاحتراف :

- ...

4- الانتصاب لحفظ الودائع بالمخازن العموميّة أو القيام على إدارتها...».

وإذا كان احتراف مهنة حفظ الودائع يُستساغ اعتباره عملاً تجارياً(أ)، فإنه من الغريب أن نجد المشرّع التونسي يُلحِق إدارة المخازن العموميّة بالحِرف التجاريّة(ب).

---

(1) - أحمد العنابي، شرح القانون البحري التونسي (سبع حلقات)، قت. الأعداد (من جانفي إلى جويليه 1982)، الحلقة الرابعة ، عدد أفريل، ص 63.

(2) - صلاح الدين عبد اللطيف الناهي، الوجيز في مبادئ القانون البحري (دراسة تحليليّة موازنة لقوانين التجارة البحريّة)، مكتبة دار الثقافة والنشر والتوزيع، عمّان، 1996، ص 19.

أ - حفـظ الودائـــع :

يُعتبر من يحترف حفظ الودائع بالمخازن العموميّة - بصراحة النصّ - ممارساً لنشاط تجاري.

ويُعدّ هذا النشاط من الأنشطة الخدماتيّة ويستجيب لمعيار التداول[1] . ويتمثّل في حفظ المنقولات على اختلاف أنواعها داخل مستودعات مخصصة لهذا الغرض، كالمستودعات الموجودة في الموانئ ومحطات القطار وشركات التبريد وصوامع الحبوب والصناديق الحديديّة في المصارف[2].

وتقوم المخازن العموميّة بدور هام كوسيط في تداول الثروة، يتجلّى في عدّة مظاهر أهمها :

1- حفظ الودائع من بضائع أو سلع أو أمتعة كأمانة لصالح أصحابها[3]، وهذا الدور التقليدي يمكن مزاولته من طرف محترف بسيط لهذا النشاط، كصاحب مأوى السيارات أو مستودع أمتعة شخصيّة صغير، وقد يزاول من طرف مؤسسة كبيرة أيضاً.

وتؤدي المخازن العموميّة أحياناً دورالشخص الثالث (أي تتسلّم البضائع والمنقولات المحجوزة أو المرهونة لحين ثبوت استحقاقها أو بيعها لصالح جهة ما).

كما تلعب البنوك دوراً هاماً في ميدان الإيداع (كإيداع الصكوك[4] أو النقود، أو تأجير الخزائن الحديدية Coffres-Forts)[5] ، حيث يتولى البنك في الحالة الأخيرة وضع خزانة من خزائنه تحت تصرّف الحريف ويسلّمه مفتاحها ويترك له حرية إيداع ما يشاء ويأخذ ما يشاء ممّا يودعه دون تدخل البنك في ذلك، على أن يلتزم البنك بحفظ هذه الخزانة وحراستها[6].

---

(1) - Cf., N. MEZGHANI , Op. Cit., Vol. 1, p. 104.

(2) - المجلة التجاريّة الفرنسية لم تنص على تجاريّة المخازن العموميّة، لانها لم تظهر إلا في القرن 19 ، ولم ينظمها المشرّع الفرنسي إلا بقانون 28 ماي 1958.

- أحمد المحمود ، المرجع السابق، ص 121.

(3) - Jean SEKUTOWICZ, Le nouveau statut des magasins généraux, thèse pour le Doctoral en droit, Faculté de Droit , Paris, 1948, L.G.D.J. , Paris, 1948, p. 3 et suiv.

(4) - Cf., Maurice JOCARD, Du dépot de titres en banque, thèse pour doctoral, Fac. Dr. , Univ. Paris, 1903, L.N.D.J., Paris, 1907, p. 2 et suiv.

(5) - انظر، على البارودي ، العقود وعمليات البنوك، مرجع سابق، ص 225 وماب.

(6) - انظر، ثروت حبيب، دورس في القانون التجاري (العقود التجاريّة - الأوراق التجاريّة - عمليات البنوك - الإفلاس)، مكتبة الجلاء الجديدة ، المنصورة، 1986، ص 428 وماب.

إلا أنّ الأنشطة البنكية أصبحت محصورة في بعض أنواع المؤسّسات، ولم يعدّ للأفراد حق احترافها.

2 – تكون المخازن العمومية أحياناً بمثابة نقاط تجميع وتوزيع بين المنتج والمستهلك أو بين التجّار، وذلك عندما تمتلئ مخازن المُنتج أو المُوزع بالبضائع والسّلع ، فيضطر للاستعانة بمخازن عمومية تقبلها لحين بيعها للمستهلكين أو للتجّار الموزّعين.

وتسلم المخازن العموميّة عادة إيصالاً يتميز بميزتين :

– أنّه مكوّن من قسيمتين، واحدة منهما تمثل البضاعة المسلّمة للمخزن، والأخرى تمثل السند المؤمّن Warrant، وكلتا القسيمتين تحويان بياناً تفصيلياً بالبضاعة.

– يحرّر الإيصال والسند المؤمّن بصيغة الأمر، ويكون قابلاً للتداول بالتظهير[1].

وبهذه الوسيلة يتمّ تداول السلع والبضائع بسهولة، فقد تنتقل ملكيتها عدّة مرّات قبل إخراجها من المخزن ، ويكون بهذه الحالة دور المخازن العموميّة دور الوسيط في التّداول.

ب – إدارة المخازن العموميّة :

إن صياغة النُبذة الخاصة بالمخازن العموميّة في الفصل 2 /2 م.ت. جاءت غريبة بعض الشيء، والغرابة كانت في عبارتها الثانية، لأن العبارة الأولى منها متماشية مع منطق القانون التجاري، فاحتراف القيام على المخازن العموميّة هو نشاط تجاري، وبهذا يتّفق مع العديد من التشاريع، وان اختلف معها أحياناً كاشتراط المؤسسة مثلاً ، من ذلك ما جاء في قانونَيّ التجارة السوري واللبناني (فصل 6 من كل منهما)[2].

---

(1) – هشام فرعون، القانون التجاري البرّي، مرجع سابق، ج. 1، ص 55.

(2) – تطابق مشروع القانون التجاري المغربي في توجهه مع موقف التشريع التونسي، حيث يكفي الاحتراف لاعتبار استغلال المخازن العموميّة نشاطاً تجارياً، ولم يشترط أن يتم في إطار مؤسسة (فصل 7 / 10) من المشروع.

أما العبارة الثانية فقد تعلّقت بإدارة المخازن العمومية : «الإنتصاب لحفظ الودائع بالمخازن العموميّة أو القيام على إدارتها»، فما هي أهمية هذه العبارة وما هو مقصد المشرّع من إيرادها ؟

إنّ استعمال حرف العطف التخييري (أو) بين العبارة الأولى والثانية يجعلنا نستبعد أنّ المشرّع قصد بالعبارة الثانية زيادة توضيح معنى العبارة الأولى وتأكيد تجاريّة استغلال المخازن العموميّة.
وهذا يعني أن المشرّع التونسي اعتبر إدارة المخازن العموميّة من الحِرف التجاريّة.

لكن يبقى التساؤل مطروحاً بالنسبة إلى مسألة إعطاء صفة التاجر لمدير المستودع أو المخزن العمومي، فهل قصد المشرّع اعتبار المدير تاجراً محترفاً حتى لو كان أجيراً أو وكيلاً ؟

لحلّ هذه الإشكاليّة نجد أنفسنا أمام افتراضين : الأول يعتمد على صراحة العبارة وإطلاقها، فيُعتَبر - بناءً على ذلك - كل من يتولّى إدارة مخزن عمومي تاجراً ولو لم يكن صاحبه، وبهذا يكون المشرّع قد خرج عن شرط أساسي لقيام صفة التاجر وهو شرط الاستقلاليّة، بقصد حماية المودعين ومنحهم الثقة بالمخازن والقائمين على تسييرها.

أما الافتراض الثاني فيكون بضرورة الرّجوع إلى مُقوّمات التجاريّة لمُحترف النشاط التجاري والتثبّت من استقلاليته قبل اعتباره تاجراً، فلا يعتبر مدير المخزن تاجراً إلا إذا ثبت أنه يمارس نشاطه لحسابه الخاص وليس لحساب الغير.

وحبّذا لو يتم تنقيح الفقرة المتعلقة بالمخازن العموميّة بصياغة أكثر دقّة لإزالة اللّبْس والغموض.

الفقـرة الثانيـة : مهـن التوسّـط

يتدخّل في الميدان التجاري بعض الوسطاء الذين يسهّلون التعاقد بين التجار فيما بينهم أو مع حرفائهم (أولاً). بالإضافة إلى بعض المتداخلين في تأمين الخدمات للمجتمع بكل فئاته التجاريّة وغير التجاريّة (ثانياً).

أولاً - الوسطـاء في التعاقـد :

خصّ المشرّع التونسي نشاط بعض الوسطاء - استثناءً من أعمال الوكلاء - بالصبغة التجاريّة صراحةً في الفصل 2 من المجلة التجاريّة، حيث جاء بالفقرة الثانية منه أنه يعدّ تاجراً من يحترف «عمليات توسط العملاء والسّمسرة...».

هذا يعني أن المشرّع التونسي تنبّه إلى خصوصيّة هذه الأنشطة ، رغم أنّها تحمل أحياناً في طياتها معنى الوكالة، إلا أن من يمارسها يتمتع بحريّة واستقلاليّة نسبيّة عن موكّليه، إذ يمارس نشاطه دون الارتباط بتاجرٍ معينٍ أوشركةٍ معينةٍ ، كما أنّه يزاول مهنته لحسابه الخاص. ويستجيب عمله لمعيار التوسط الذي عدّه القانون التجاري التونسي من المعايير التي تمنح الصبغة التجاريّة.

أ - السّمسـرة : Le courtage

يُعرّف الفصل 609 من المجلة التجاريّة التونسيّة السمسرة بأنّها : «عقد يلتزم به فريق يدعى السمسار بأن يسعى في البحث عن شخص، لربط الصّلة بينه وبين شخص آخر لعقد اتفاق...».

فالسّمسار في حقيقته ليس وكيلاً عن أيّ من الأطراف وتنحصر مهمّته في تعريف المتعاقدين والتقريب بينهما، دون أن يتدخّل كطرف في العمليّة[1] .
ويطلق عليه أحياناً صفة وكيل مجازاً، وهو بهذه الصفة وكيل في البحث عن المتعاقد فحسب دون التدخل في العقد، وبهذا المعنى جاء القرار التعقيبي

---

(1) - انظر ، سميحة القليوبي ، السمسرة في القانون الكويتي (دراسة مقارنة)، ق.ت. جانفي 1979، ص 22 و 23.

المصري المؤرّخ في 7 جانفي 1975 حيث اعتبر أن : «السّمسار وكيلٌ يكلّفه أحد المتعاقدين التوسّط لدى العاقد الآخر لإتمام صفقة بينهما بأجر يُستحَقّ له... عند نجاح وساطته بإبرام عقد الصفقة على يديه»[1].

1 - تجاريّـة السّمسـرة :

بالرّجوع الى الفصل 2 م.ت. نلاحظ إطلاق النصّ المتعلق بالسّمسرة، حيث يعتبر من يحترف أعمال السمسرة (بأنواعها المختلفة) له صفة التاجر ويمارس نشاطاً تجارياً.

وبهذا يختلف النصّ التونسي عن أصله الفرنسي، الذي اعتبر مطلق عمليات السّمسرة أعمالاً تجاريّة دون اشتراط الاحتراف (فصل 632 / 7 م.ت. فرنسية) [2] . وكذلك النصّ المصري (الفصل 2 / 4 من قانون التجارة المصري).

أما موقف المشرّع الكويتي فجاء غريباً، لأنه أدخل في الأعمال التجاريّة حتى السّمسرة المجانية، حيث نصّ الفصل 5 من قانون التجارة على أنه : «تعدّ أعمالاً تجاريّةً الأعمال المتعلّقة بالأمور الآتية، بقطع النظر عن صفة القائم بها أو نيّته : - .... - .... 4- الوكالة التجاريّة والسّمسرة...».

بينما اكتفى القانون التجاري العراقي باشتراط قصد الربح لاعتبار السّمسرة (الدلالة) عملاً تجارياً [3].

وعلى النقيض لم يكتفِ المشرّع اللبناني ونظيره السوري بالاحتراف لإسباغ الصفة التجاريّة على السّمسرة، بل اشترطا أن يتم ذلك في إطار مؤسسة (فصل 6 / 8) لبناني (وفصل 6 / 1) سوري .

---

(1) - الطعن رقم 539 مؤرّخ في 7 جانفي 1975، س. 26، ص 24.
- أحمد حسني، قضاء النقض التجاري المصري في خمسين عاماً، منشاة المعارف، الاسكندرية، 1982، ص 221.

(2) - Cf., J.C. Comm. , T. 1, Fasc. 35, p. 28, n° 128 et suiv.
- Ency. D. Comm. T. 1 (A.B) , p. 25, n° 328 et suiv.

(3) - ينص الفصل 5 من القانون التجاري العراقي على أنّه : «تُعتبر الأعمال التالية أعمالاً تجاريّة إذا كانت بقصد الربح، ويُفترض فيها هذا القصد ما لم يثبت العكس :
- ....
- ....
- سادس عشر : الوكالة التجاريّة والوكالة بالعمولة والوكالة بالنقل والدلالة وأعمال الوساطة التجاريّة الأخرى».

2 - أنواع السّمسرة التجاريّة :

ذكر الفصل 77 من المجلة التجاريّة الفرنسيّة أربعة أنواع من السّماسرة وهم :

- سماسرة البضائع Courtiers de marchandises
- سماسرة التأمين Courtiers d'assurance
- سماسرة التسهيلات والنقل بالسفن :

Courtiers interprètes et conducteurs de navires

- سماسرة النقل البرّي والمائي :

Courtiers de transport par terre et par eau

وحسب القانون الفرنسي، يجب التمييز بين السّمسرة المُنظّمة Le courtage réglementé وهم الذين يمارسون حِرفهم بأماكن محدّدة ولهم امتيازات معيّنة، وبين السمسرة الحرّة Le courtage libre مثل سماسرة البضائع والعقارات[1].

ونتساءل هل يشترط لاكتساب السمسرة صبغة تجاريّة أن تتعلق بعمليّة تجاريّة ؟

في الحقيقة إن الصيغة المطلقة الواردة في الفصل 2 من المجلة التجاريّة تؤكد تجاريّة السّمسرة سواء تعلّق التوسط بنشاط تجاري، كعمليات بيع وشراء. أو تعلّق الأمر بالتوسط في موضوع مدني كالتعريف بين راغبي الزواج ببعضهم [2]. فتجاريّة السّمسرة ناشئة عن القيام بأعمال التوسّط بقطع النّظر عن طبيعة موضوعها.

ب - التوسّط بالعمولة Le commission :

يعرّف الفصل 601 م.ت. عقد وساطة العملاء بأنّه : «توكيل تاجر على أن يتعاقد مع غيره باسمه الخاص ولكن لحساب موكّله أي مفوّضه في هذا التعامل».

---

(1) - Cf., RIPERT et ROBLOT, Op. Cit., T. 2, 14è. éd., L.G.D.J. (DELTA), Paris, 1996, pp. 744 et 746.

- أيضاً، سميحة القليوبي، المقالة السابقة، ص 25.

(2) - القرار التعقيبي المصري رقم 439 المؤرّخ في 8 ديسمبر 1960 اعتبر: «السمسرة عملاً تجارياً بطبيعته... مدنياً كانت الصفقة التي توسّط السمسار في إبرامها او تجاريّاً...».

- أحمد حسني، مرجع سابق، ص 221.

يُعتبر الوسيط بالعمولة أو ما يطلق عليه أحياناً (الوكيل بالعمولة) وكيلاً في العقود التي يبرمها خلافاً للسمسار، وهو ما أكده القرار التعقيبي المصري عدد 102 المؤرّخ في 7 جوان 1973 حيث جاء في إحدى حيثياته أنه : «تختلف الوكالة بالعمولة عن أعمال السمسرة... إذ يقتصر عمل السمسار على التقريب بين شخصين لإتمام الصفقة دون أن يكون له شأن فيما يتمّ التعاقد عليه، فهو لا يمثل أحد المتعاقدين... أما الوكيل بالعمولة فإنّه يتعاقد مع الغير باسمه دون اسم موكّله...»[1].

وقد اعتبر المشرّع التونسي التوسط بالعمولة - كالسمسرة - عملاً تجارياً إذا مارسه الشخص كحرفة له (الفصل 2) م.ت، خلافاً للمشرّع الفرنسي الذي اشترط في توسط العمولة أن يتم في إطار المؤسسة ليصبح عملاً تجارياً (فصل 632 / 5 من المجلّة التجاريّة الفرنسيّة).

وسار على نفس الإتجاه المشرّعان اللبناني والسّوري بالفصول (6 / 8 لبناني)[2] (6 / ح سوري)[3].

وعبّر المشرّع المصري عن التوسط بالعمولة بعبارة «التجارة بالعمولة» في (الفصل 2 / 2 من قانون التجارة المصري) الذي اعتبر أن كل مؤسسة أوعمل متعلّق بهذا النشاط هي عمل تجاري.

يؤيّد هذا النصّ ما جاء في قرار صادر عن محكمة النقض المصريّة بتاريخ 10 ماي 1951 ، حيث جاء فيه أنّ : «قيام المُحال عليه بشراء أرز للمحيل بصفته وكيلاً عنه بالعمولة يعتبر عملاً تجارياً»[4] .

كذلك المشرّع المغربي اشترط لتجاريّة الوكالة بالعمولة أن تتمّ من خلال مؤسسة (فصل 2 / 2) من قانون التجارة المغربي[5].

---

(1) - الطعن 102 تاريخ 7 جوان 1973، س. 24، ص 877 أحمد حسني، مرجع سابق، ص 403.

(2) - انظر، سمير عالية، مرجع سابق، ص 94، 95.

(3) - انظر ، محمد سعيد فرهود ومحمود مرشحة، القانون التجاري (برّي - بحري - جوّي) ، منشورات كلية الاقتصاد بجامعة حلب، 1992، ص 25.

(4) - عبد المعين لطفي جمعة، مرجع سابق، ص 7 (طعن رقم 166 سنة 19 ق).

(5) - انظر، هشام فرعون ، مبادئ القانون التجاري المغربي، ج. 1، مطبعة الكتاب ، فاس ، ط. 4، 1980، ص 41.

ورغم أنّ الوسيط بالعمولة يُجري العقود كوكيل عن الغير ، إلا أنّه يحتفظ باستقلاليّته المهنيّة ، إذ يزاول هذه الحِرفة باسمه ولحسابه، ولا يذكر في العقود التي يجريها اسم موكّله، وفي هذا يختلف عن الوكيل العادي[1].

ومن أمثلة التوسّط بالعمولة وسيط البورصة [2] ، ووسيط النقل (فصل 628) م.ت. وغالباً ما نجد الوكيل بالعمولة يتوسّط بين تجّار الجملة وتجّار التفصيل.

وتبقى الوكالة بالعمولة بالنسبة للوكيل عملاً تجارياً، سواء وردت على أعمال تجاريّة أو مدنيّة. أمّا بالنسبة للموكّل فلا يصبح عمله تجارياً إلا إذا كان توكيله للوسيط متعلّقاً بعمل تجاري.

في ميدان التوسّط بالعمولة نجد عقدين ، الأول : عقد الوكالة بين وسيط العمولة والمُوكّل، وبموجبه يمارس الوسيط مهامّه. والثاني : عقد يتعلّق بالتصرّف القانوني المُجرى بين الوسيط بالعمولة والغير (عقد بيع - عقد إيجار - عقد نقل...) لصالح الموكّل [3].

ثانياً : وكلاء القيام بشؤون العموم

قبل دراسة الصبغة التجاريّة لوكالات القيام بشؤون العموم، لابدّ من التعرّف على محتوى هذه المهنة، التي يطلق عليها أيضاً اسم وكالات الأشغال للعموم Les agences d'affaires.

أ - محتوى مهنة وكالات أشغال العموم :

تقوم وكالات الأشغال برعاية مصالح الغير وإدارة أعمالهم وتقديم خدمات متنوّعة لهم، مقابل أجر أو نسبة من قيمة الصفقات أو المداخيل.

---

(1) - علي البارودي، العقود وعمليات البنوك التجاريّة، مرجع سابق، ص 39 وما بعدها.

(2) - قد يكون وسيط البورصة شخصاً طبيعياً أو شركة، وفي كلتا الحالتين يشترط أن يكون تونسي الجنسيّة (الفصلين 55 و 57 من قانون عدد 117 لعام 1994) المتعلق بإعادة تنظيم السوق المالية.

- انظر ، عبد الستار الخويلدي، الوسيط لدى البورصة في القانون التونسي ، قت. ماي 1996، ص 38 و 44.

(3) - Cf., N. MEZGHANI, Op. Cit., Vol. 1, p. 126.

من أمثلة هذا النّوع من الوكالات:مكاتب التشغيل، وكالات الأسفار[1]، مكاتب تحصيل الدّيون[2]..

الحقيقة أنّ مفهوم وكيل أشغال العموم يصعب حصره بصورة دقيقة، فهو يتداخل مع مفهوم الوكيل التّجاري L'agent commercial الذي يعرّفه الفصل 625 م.ت. إذ ينصّ على أنّ : «وكيل التجارة هو الشخص الذي يلتزم عادة بإعداد أو إبرام عقود البيع والشراء وبوجه عام جميع المعاملات التجاريّة الأخرى باسم تاجر ولحسابه الخاص، لكن بدون أن يكون مرتبطاً معه بعقد إجارة عمل».

ب - تجاريّة مهنة وكالات أشغال العموم :

يعتبر نشاط محترف وكالة الأشغال عملاً تجارياً بصراحة الفصل 2 م.ت. إذ جاء فيه : «ويعدّ تاجراً بالخصوص كل من يباشر على وجه الإحتراف :

- ...

- استغلال وكالات للقيام بشؤون العموم...».

ويستجيب هذا النشاط لمعيار التوسّط، كما يمكن اعتباره مندرجاً مع أنشطة الإنتاج الخدمي، ويخضع وكيل الأشغال للقانون التجاري حتى ولو كانت الأعمال التي يتعاطاها من الأنشطة المدنية كمكاتب السياحة مثلاً.

ويثور التساؤل حول نشاط الوسيط الثمرقي Transitaire [3]،وهل يعتبر من أنشطة أشغال العموم ؟

---

(1) - ينصّ الفصل 1 من المرسوم عدد 13 المؤرّخ في 17 أكتوبر 1973 (المتعلق بتنظيم وكالات الأسفار) على أنه : «يعتبر وكالة للأسفار كل مشروع يمارس بصفة مستمرّة - قصد التحصيل على أرباح - نشاطاً يتمثّل في تنظيم جولات أو إقامات للعموم - فردية أوجماعية - أو تقديم خدمات متّصلة بذلك بصفة مباشرة أو غير مباشرة وبمقابل أجور جمليّة أو مبالغ حسب الخدمة المقدمة».

(2) - ينص الفصل الثالث من القانون المتعلّق بشركات استخلاص الديون الصادر عام 1998 على أنّه :«تتولى شركات استخلاص الديون شراء الدّيون لحسابها الخاص وكذلك استخلاص الديون لحساب الغير».

- القانون عدد 4 المؤرّخ في 2 فيفري 1998، رائد رسمي. عدد 11 المؤرّخ في 6 فيفري 1998، ص 275.

(3) - بعد صدور القانون عدد 32 المؤرّخ في 14 أفريل 1995 المتعلّق بوكلاء العبور، يمكن القول إن الوساطة الفرنسية هي جزء من نشاط وكيل العبور وهو ما أكّدته الفقرة الأخيرة من الفصل الأول من هذا القانون .

- رائد رسمي. عدد 31 مؤرخ في 18 أفريل 1995 ، ص 728.

ترى الأستاذة المزغني أنه وكالة بالعمولة[1] ، إلا أن طبيعة هذا النشاط تبدو أقرب إلى وكالة الأشغال[2]، لأن مهمة الوسيط القمرقي الأساسية هي إتمام إجراءات دخول البضائع الى الموانيء أو خروجها منها نيابة عن أصحابها.

يؤكد ذلك القرار التعقيبي المؤرّخ في 8 ماي 1980 إذ جاء فيه : «حيث أنه من الثّابت أنّ علاقة المعقّب ضدّها بالطاعنة هي علاقة وسيط قمرقي معهوداً إليه القيام نيابة عن حريفته الطاعنة بجميع الأعمال القمرقيّة التي منها خلاص المعاليم القمرقيّة وإخراج البضاعة...»[3].

وقد جاء في قرار آخر لمحكمة التعقيب أيضاً : «إنّ الوسيط القمرقي يعدّ من ضمن الأصناف التي عناها الفصل الثاني من المجلة التجاريّة، ومن بين التجّار الذين تنطبق في شأنهم المجلة التجاريّة...»[4].

بالمقارنة مع موقف المشرّع الفرنسي، نجد أنه يشترط أن يمارس نشاط وكالة أشغال العموم في إطار المؤسسة حتى يكتسي الصبغة التجاريّة (فصل 632 مجلّة تجاريّة فرنسيّة)، وقد سار بنفس المنحى العديد من التشريعات (كاللبناني والسّوري فصل 6) وكذلك (المغربي فصل 2).

أمّا المشرّعان الكويتي واليمني فيَعتَبِران أنّ وكالة الأعمال تعدّ أعمالاً تجاريّة بقطع النظر عن صفة القائم بها أو نيّته.

الموقف الأكثر غرابةً جاء في الفصل 3 من القانون التّجاري الجزائري، اذ اعتبر هذا النشاط من الأعمال التجاريّة بشكلها[5].

ولئن كانت الحرف التجاريّة أكثر عدداً وانتشاراً في الميدان التجاري، إلا أنها ليست بأهميّة المؤسسات التجاريّة ومكانتها في تحريك الحياة التجاريّة، بل وتنشيط اقتصاد البلاد وإنعاشه.

---

(1) - Cf., N. MEZGHANI, Op. Cit., Vol. 1, p. 127.

(2) – انظر، أحمد محرز ، مرجع سابق، ص 95.

(3) – تع. مد. عدد 2198 مؤرّخ في 8 ماي 1980، ن.مح. تع. 1980، ص 116.

– بنفس المعنى ، تع. مد. عدد 2298 مؤرّخ في 20 جانفي 1982، ن. مح.تع. 1982 ج. 1 ، ص 159.

(4) – تع. مد. عدد 19389 مؤرّخ في 19 جانفي 1988، قت. جوان 1990، ص 64.

(5) – أحمد محرز ، نفس المرجع، ص 95.

الباب الثاني

المؤسَّسات التجاريّة

يزخر الميدان التّجاري إلى جانب الحِرف التجاريّة بمؤسّسات اقتصاديّة لها الصّبغة التجاريّة أيضاً، بدأت تنتشر وتتكاثر لتسيطر على الحياة الاقتصاديّة منذ أمدٍ بعيد، بل وتحكّمت بسياسات الدّول أحياناً.

يرى البعض أن المؤسّسة L'entreprise هي النواة الأساسيّة للتنمية الاقتصاديّة والاجتماعيّة[1]. «وأصبحت النواة الحقيقية في بناء اقتصاد البلدان المتحضّرة، وأهمّ دعائم النظم الاقتصاديّة التي تقوم على إرساء مبدأ حرية المنافسة... الذي تبلور في أواخر هذا القرن...»[2].

وبالرغم من وجود الكثير من المظاهر والآثار التي تتعلّق بالمؤسّسة، إلاّ أنّه لا يوجد تكريس واضح وصريح لمفهومها. وقد اختلفت الرّؤى حولها، وتجلت الصعوبة في تقديم تعريف موحّد لها. وثارت أيضاً مسألة وجودها كمؤسسة قانونية، وذلك منذ ظهور هذا المفهوم.

«فالمؤسّسة في مفهوم القانون التّجاري والاقتصادي تختلف عن المؤسّسة في مفهوم علم الاجتماع، ويختلف هذان المفهومان عن مفهومها في نطاق القانون الاجتماعي...»[3].

فالاقتصاديون درسوها كوحدة اقتصاديّة وباعتبارها الخلية الأولى للإنتاج. أما الباحثون الاجتماعيّون فقد وجدوا في المؤسّسة ميداناً تطبيقياً لأبحاثهم، باعتبارها وحدة اجتماعيّة تحتضن العلاقات الانسانيّة بين عناصرها البشريّة، أما القانون الاجتماعي فالمؤسّسة في نظره عبارة عن إطار واقعي تُقام فيه علاقات الشّغل[4].

---

(1) - انظر، محمد بن حميدة، من أجل إنقاذ المؤسّسات التي تمرّ بصعوبات، قت. أكتوبر 1994 ص 100.

(2) - مراد الملّولي، موقع المنشأة الاقتصادية في ظل قانون الأعمال التونسي وقانون الحسابية، قت. نوفمبر 1995، ص 7.

(3) - راشد الراشد ، المؤسّسة وهيناتها الجماعيّة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية العلوم القانونيّة والاقتصاديّة والاجتماعيّة بالرّباط، جامعة محمد الخامس، 1973 - 1974، ص 3.

(4) - راشد الراشد، نفس المرجع، ص 2 وما بعد.

- Cf., Philippe DELEBECQUE, Le contrat d'entreprise, Dalloz, Paris, 1993, p. 2 et suiv.

من وجهة نظر القانون التّجاري لا تعدّ جميع المؤسّسات خاضعة له، فهي تكون أحياناً مؤسسات مدنيّة وخارجة من الميدان التّجاري، وأحياناً أخرى تكون مؤسسات تجاريّة تعامل معاملة التّجار.

وللتعرّف على تجاريّة المؤسّسات، فإنّ من الوجيه دراسة المؤسّسات التجاريّة الخاصّة في (فصلٍ أولٍ)، والمؤسّسات التجاريّة العموميّة في (فصلٍ ثانٍ).

الفصل الأوّل

المؤسّسات التجاريّة الخاصّة

تقوم الحياة الاقتصاديّة أصلاً على توظيف القدرات الماليّة والفنيّة، لتمكين هذه القدرات من أداء دورها وتحقيق تطلّعات الأفراد والمجتمع بآن واحد.

والمؤسّسة الاقتصاديّة سواءً أكانت تجاريّة أم صناعيّة، فإن رائدها هو تحقيق الأرباح[1] من خلال توظيف الأموال والقدرة الفنية[2].

وقد انتشرت المؤسّسات الخاصّة منذ زمن طويل، وماتزال إلى حدّ الآن تحتلّ المركز الأول في الأنظمة الرأسماليّة[3]. وهي المؤسّسات الاقتصاديّة التي لاتملك الدولة رأسمالها أو غالبيّة رأسمالها، وإنّما تعود ملكيّتها إلى أشخاص القطاع الخاصّ.

بالنظر الى عدد مالكي رأس المال، فإن المؤسّسات التجاريّة الخاصّة إما أن تكون مؤسسات فرديّة (المبحث الأوّل) أو مؤسسات جماعيّة (المبحث الثاني).

---

(1) - تندرج المؤسّسات الصناعيّة بالمفهوم القانوني مع المؤسّسات التجاريّة، ويمكن اعتبار بعض المؤسّسات الفلاحية من المؤسّسات التّجارية أيضاً. أما بالمفهوم الاقتصادي فالتّمييز واضح بين المؤسّسات الثلاثة.

(2) - انظر ، مصطفى العوجي، المسؤوليّة الجنائيّة في المؤسّسة الاقتصاديّة، مؤسسة نوفل، بيروت ، ط.1، 1982، ص 333.

(3) - انظر، راشد الراشد، مرجع سابق، ص 9.

المبحث الأوّل : المؤسّسات التجاريّة الفرديّة

تعتبر المؤسّسة التجاريّة فرديّةً entreprise individuelle إذا كان صاحبها شخصاً طبيعياً ويستثمرها بمفرده دون أن يكون له شركاء[1].

وتتميّز المؤسّسة الفرديّة بقوة الباعث الشّخصي وبساطة الإجراءات، مما يضمن سرعة إصدار القرارات . وفيها تختلط الشخصيّة القانونيّة للمؤسسة مع شخصيّة صاحبها[2].

«فالمؤسّسات الاقتصاديّة بصورتها الصغرى هي عبارة عن فرد بمفرده يقوم بالأعمال التجاريّة... وعادة لا يستوجب مثل هذا النشاط سوى حداً أدنى من التجهيز المادي...»[3]. وفي بعض الأحيان نجد مؤسسات فردية ذات امكانيات عالية ورأس مال كبير جداً، إلا أن الشكل الغالب لهذه المؤسّسات هو الشكل البسيط أو المتوسّط[4].

وما يهمّنا في هذا المجال هو دراسة الصبغة التجاريّة للمؤسسة الفرديّة (فقرة أولى) . ولإتمام الفائدة يتعيّن التعرّض للأنشطة الرئيسة التي اشترط المشرّع التونسي صراحة ممارستها في إطار المؤسّسة [5] لتكتسب الصبغة التجاريّة، وبالتحديد تلك المؤسّسات التي يمكن للأفراد الطبيعيين امتلاكها واستثمارها (فقرة ثانية).

---

(1) - Cf. , Dominique LEFEBVRE et Edowige MOLLARET - LAFORÊT, Droit et entreprise , presses universitaires de Grenoble, 5è. éd. , Grenoble , 1990 , p. 124 et suiv.

(2) – راشد الراشد ، مرجع سابق، ص 9.

(3) – مصطفى العوجي، مرجع سابق، ص 323.

(4) - Cf., François GORÉ, Droit des affaires, Éditions montchrestien, Paris, 1973, p.132 et suiv.

(5) – يستعمل المشرّع التونسي مصطلح (مؤسسة) كترجمة للكلمة الفرنسيّة Entreprise واحياناً مصطلح (منشأة). أما المشرّع المصري فيستعمل مصطلح (مقاولة) . في حين أنّ المشرّعان اللبناني والسوري استعملا مصطلح (مشروع) وكذلك الكويتي.
وهذا التشتت بالترجمة يحثّ على الإسراع في وضع معجم عربي موحّد للمصطلحات القانونيّة تكون له الصبغة الالزامية لجميع الباحثين ومرجعًا للتشريعات العربيّة والمؤسسات والتنظيمات القانونيّة المعنيّة.

الفقرة الأولى : الصبغة التجاريّة للمؤسّسة

تشكّل المؤسّسة التجاريّة كياناً قانونياً له مكوّناته (أولاً)،ويكتسي الصبغة التجاريّة بتوفّر شروط معينة (ثانياً).

أولاً - تكوين المؤسّسة التجاريّة

قبل التعرّض للعناصر المكوّنة للمؤسسة التجاريّة (ب)،لا بدّ من التعرّف على مفهومها(أ).

أ - مفهوم المؤسّسة التجاريّة :

تعتبر لفظة المؤسّسة من المصطلحات الغريبة عن القانون، الذي لا يعرف سوى التفريق بين الشّخص الطبيعي من جهة والشّخص المعنوي من جهة ثانية. «أما المؤسّسة فلها مفهوم اقتصادي أكثر منه قانوني...»[1]، رغم أن القوانين الحديثة بدأت تستخدم هذا المصطلح بصورة عاديّة ومألوفة.

ومن المتفق عليه – سواء في علم الاقتصاد أو علم الاجتماع – وجود المؤسّسة كلما توفّرت وحدة في المعاملات ووحدة الهدف ووحدة في الغاية من الوسائل المستعملة، سواء بالنسبة للأشخاص أو الأشياء[2].

« تبتدئ فكرة المؤسّسة من مبدأ مهمّ وهو تجميع الإمكانيات سواء الماديّة أوالبشريّة من أجل تحقيق هدف أو مجموعة أهداف معينة...»[3].

وبما أن المؤسّسة يختلف مفهومها حسب ميدان دراستها، فإننا سنهتمّ بمفهومها الاقتصادي وبالتحديد في الميدان التّجاري ونعقب بالحديث عنها كمؤسسة قانونيّة ومنظور القانون التّجاري لها.

---

(1) – نجيب الفقي، من أجل نظام يساعد على الاستمرار لفائدة المؤسّسات التي تمر بصعوبات، قت، فيفري 1994، ص 21.

(2) - Georges FRIEDEL, A propos de la notion d'entreprise..., Etudes dédiées à René ROBLOT, «Aspects actuels du Droit commercial Francais», L.G.D.J., Paris, 1984, p. 97.

(3) – نوّاف الرومي، دروس تصرّف المؤسّسات، محاضرات للسنة الثالثة، كليّة الحقوق والعلوم السياسية بتونس، السنة الجامعيّة 1993 – 1994، ص 3.

«المؤسّسة الاقتصاديّة كائن حيوي هام وهي «نواة إنتاج وابتكار وفضاء تلتقي فيه شرائح اجتماعية مختلفة» راهنت عليها الدول ووفّرت لها... الإطار القانوني الملائم للنهوض بها...»[1].

بناء على ذلك يمكن اعتبار المؤسّسة-من هذا المنظور-بأنها تخصيص مجموعة عناصر انتاجية(كرأس المال واليد العاملة) من أجل تحقيق غرض معين . ويعرّفها الاستاذ الشّرقاوي باعتبارها مفهوماً اقتصادياً وقانونياً بآن واحد بأنها : «الوحدة الاقتصاديّة والقانونيّة التي تجتمع فيها العناصر البشريّة والمادية للنشاط الاقتصادي»[2].

ويرى الأستاذ سعيد يحيى أن المقصود بكلمة مؤسسة «هو أن يتّخذ العمل شكل المشروع المنظّم المهيّأ لأن يعمل على نحو مستمرّ»[3].
وبناء عليه يمكن استنباط مفهوم المؤسّسة التجاريّة، وحصر عناصر هذا المفهوم في ركنين متكاملين هما :

1 - النشاط المهني المتكرّر[4]:

يعتبر هذا الركن مشتركاً بين الحِرفة والمؤسّسة، لأنّ كليهما لا يقوم إلا بتكرار النشاط بانتظام وبصورة مستمرّة ومعتادة، وهذا ما جعل البعض يخلط بين مفهومي الحِرفة والمؤسّسة ويعتبر أنّهما شيء واحد. ومنهم الأستاذ مصطفى طه الذي يؤكد بأنّ : «من يقول بالحِرفة يقول بالمقاولة»[5]. (المقاولة في التشريع المصري كما بيّنا سابقاً تعني المؤسّسة).

ورغم إمكانية إطلاق صفة المُحترف للنشاط التّجاري على صاحب المؤسّسة الفرديّة، واكتسابه بناءً على ذلك لصفة التاجر القانونيّة، إلاّ أن الفرق يبقى قائماً بين الحِرفة التجاريّة والمؤسّسة التجاريّة ، لأن تركيز مفهوم الحِرفة

---

(1) - محمد صالح بن حسين، المؤسّسات التي تمرّ بصعوبات اقتصادية بين الإنقاذ والتأهيل، قت.نوفمبر 1995، ص 27.

(2) - محمود سمير الشرقاوي، مرجع سابق، ص 31.

- Cf., Michel PEDAMON, Droit commercial, Dalloz, Paris, 1994, p. 315 et suiv.

(3) - سعيد يحيى، الوجيز في النشاط التّجاري السعودي، مرجع سابق، ص 45.

(4) - Cf., J. PAILLUSSEAU et J. CAUSSAIN et H. LAZARSKI et Ph. PEYRAMAURE, La cession d'entreprise, 2è. éd., Dalloz , Paris, 1989, p. 2.

(5) - مصطفى كمال طه، القانون التّجاري المصري،ج.1، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 1990، ص 42.

يكون موجّهاً الى الارتزاق والتكسّب[1] ويرتبط بالشخص أكثر من العمل، في حين أنّ مفهوم المؤسّسة مركّز على مُقوّمات النشاط وعناصره الأساسيّة التي قد لاتتوفّر في الحرف التجاريّة، كالتنظيم والبرنامج المسبق. لذا يمكن القول بأنّ المؤسّسة الفرديّة تحتوي الاحتراف بكل عناصره بالإضافة لعناصر أخرى.

2 - التنظيم المسبّق[2] :

هذا الركن هو الذي يفرّق بين الحِرفة التجاريّة والمؤسّسة التجاريّة باعتبار «انهما شيئان مختلفان رغم تشابههما، من حيث ضرورة تكرار الأعمال المكوّنة لهما،فالمشروع لا يمكن أن يقوم دون تنظيم مادي سابق يسمح بممارسة النشاط الذي يقوم به المشروع، في حين يمكن للشخص أن يحترف الأعمال التجاريّة دون وجود مثل هذا التنظيم، فلا تتطلّب الحِرفة في ذاتها وجود مثل هذا التنظيم... كما هو شأن البائع المتجوّل الذي يزاول حِرفة تجاريّة دون أن يكون له محلّ تجاري...»[3]. (والمشروع هو المؤسّسة حسب التشريع الكويتي كما بيّنا سابقاً).

وعملياً إذا توفّر التنظيم في الحِرفة التجاريّة فإنه يلعب دوراً ثانوياً بالمقارنة مع الدور الذي يقوم به صاحب الحِرفة، في حين أن الدور الذي يقوم به التنظيم والبرنامج المُعدّ مسبقاً في المؤسّسة هو دور أساسي ورئيس،ودونه لا يمكن تحقيق الهدف الذي تسعى إليه المؤسّسة بالصورة المرضيّة.

إنّ تحديد مفهوم المؤسّسة التجاريّة باعتبار أنها تشكل كياناً قانونياً ووحدةً اقتصاديةً يستوجب بيان عناصرها الأساسية التي لا تقوم دونها.

ب - عناصر المؤسّسة التجاريّة :

تتكوّن عناصر المؤسّسة التجاريّة من نوعين أساسيين : أوّلهما العناصر المالية، وثانيهما العناصر البشريّة والفنية[4].

---

(1) - علي البارودي ومحمد فريد العريني، القانون التّجاري، دار المطبوعات الجامعيّة، الاسكندرية، 1986، ص 166.

(2) - Cf., J. PAILLUSSEAU et Alii , Op. Cit. p. 3.

(3) - عزيز عبد الأمير العكيلي، مقالة سابقة، ص 53.

- انظر أيضاً ، محمد فريد العريني ، القانون التّجاري (ج. 1) ، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1995، ص 104 وما.

(4) - Cf., RIPERT et ROBLOT, Op. Cit. T. 1 , p. 97, n° 139.

1 - العناصر الماليّة :

هذه العناصر تعتبر عصب الحياة في المؤسّسة، فلا يمكن قيام المؤسّسة بدون رأسمال متناسب مع حجم نشاطها، لتتمكّن من إنشاء الأبنية اللازمة وتجهيزها بالمعدّات والأدوات والأثاث الضروري أو تموينها بوسائل الانتاج والسلع، «كما أنّ توفير رأسمال المؤسّسة كمنطلق لنشاطها يخوّلها قانوناً وتعاملاً اجتذاب ثقة المتعاملين في السّوق التجاريّة والصناعيّة... ومن جهة ثانية إن العنصر المالي هو المُميّز للمؤسسة الاقتصاديّة عن المؤسّسة الاجتماعيّة والخيريّة...»[1].

وإلى جانب المكاسب المادية للمؤسّسة تدخل أيضاً المكاسب والأموال المعنوية، كحقّ الإجارة[2] والسمعة التجاريّة والاسم والشّعار والحرفاء[3] وبراءات الاختراع وغيرها...[4].

وبالنظر في العناصر الماليّة للمؤسسة نجد تشابهاً في هذا النطاق مع عناصر الأصل التّجاري Fonds de commerce [5]، إلا أن المؤسّسة تشمل مجموعة أشخاص وأموال، في حين أن الأصل التّجاري يقتصر على الأموال[6] وتحديداً على الأموال المنقولة فحسب إذ يُعرّف بكونه:«مجموعة من الأموال المنقولة - ماديّة ومعنويّة - تألّفت معاً ورتّبت بقصد استغلال مشروع تجاري...»[7].

---

(1) - مصطفى العوجي، مرجع سابق، ص 327.

(2) - Cf., Samir KOLSI, Le Droit au renouvellement du bail commercial, mémoire D.E.A. Fac. Dr. Scien.Pol. Econ., Tunis, 1983, p. 19 et suiv.

(3) - Cf., Fahmi AFFES, La clientèle du fonds de commerce, Mémoire D.E.A. , Fac. Dr. Scien. Pol. , Tunis, 1993 - 1994, p. 11 et suiv.

(4) - Cf., Romy GENESSE, Droit de l'entreprise, les éditions d'organisation, Paris, 1995, p. 216 et suiv.

(5) - اختلفت التشريعات العربية في ترجمة المصطلح الفرنسي Le fonds de commerce ففي مصر مثلاً هو (المحل التّجاري)، وفي لبنان (المؤسّسة التجاريّة)، وفي سوريا (المتجر)، وفي تونس (الأصل التّجاري).

(6) - انظر، محمد الحبيب الكناني، حماية الدائنين من خلال الفصل 242 من المجلة التجاريّة، قت، مارس 1994، ص 41.

(7) - علي حسن يونس، القانون التّجاري (ستة اجزاء)، ج.2 (المحل التّجاري)، دار الفكر العربي، القاهرة، 1974، ص 3.

هذا يعني أن الأصل التّجاري هو من مكوّنات المؤسّسة التجاريّة وجزء من عناصرها المالية وليس مرادفاً لها[1]، وهذا ما أكّده المشرّع اللبناني في الفصل الأوّل من المرسوم الاشتراعي رقم 11 لعام 1967 والخاص بالأصل التّجاري، إذ ينصّ على أنّ: «المؤسّسة التجاريّة أداة المشروع التّجاري، وهي تتألّف أصلاً من عناصر غير مادية وتبعياً من عناصر مادية، يرمي جمعها وتنظيمها لممارسة مهنة تجاريّة لا تتّسم بطابع عام..»[2].

ويمكن القول بأن استمرار المؤسّسة التجاريّة بنشاطها مرهون باستمرار المال اللازم لعملها، حتى إذا أتت عليها ظروف أضعفتها مالياً أو خسرت وتراكمت عليها الديون، فقد يؤدي ذلك إلى اضطراب نشاطها أو توقّفها عن دفع ديونها، مما يستوجب إمّا إنقاذها بتقنيات قانونيّة ناجعة لإعادة نشاطها بشكل ناجح[3] أو تفليسها وتصفيتها في حال عدم امكانية تسوية وضعها[4].

2 - العناصر البشريّة والفنيّة :

بالإضافة إلى العناصر الماليّة، لابدّ من وجود أشخاص متمتعين بمؤهّلات وقدرات متلائمة مع طبيعة نشاط كل مؤسّسة، حتى تتمكن المؤسّسة التجاريّة من تحقيق أهدافها بالصورة المُثلى. «ويتألّف العنصر البشري من الأشخاص الذين يتواجدون ضمن المؤسّسة الاقتصاديّة للقيام بكافة الأعمال والنشاطات فيها بدءاً بالمؤسّسين المشرفين على سياسة المؤسّسة الاقتصاديّة مروراً بالموظّفين الإداريين والفنّيين ووصولاً إلى أدنى مراتب الوظيفة...»[5].

---

(1) - انظر، محمود شمّام، الأصل التّجاري، قت. جويلية 1990، ص 12 وماب .

(2) - انظر، طارق زيادة وفيكتور مكربل، المؤسّسة التجاريّة (دراسة قانونية مقارنة)، منشورات المكتبة الحديثة، طرابلس لبنان، 1986، ص 19 وماب.

- انظر أيضاً ، أحمد عاصم، الكراء التّجاري والأصل التّجاري، مطبعة أفريقيا الشرق، الدار البيضاء، (منشورات المعهد الوطني للدراسات القضائية بوزارة العدل المغربية)، 1984، ص 85 وماب.

(3) - انظر، مبروك بن موسى، انقاذ المؤسّسات التي تمرّ بصعوبات اقتصاديّة ، قت. ديسمبر 1996، ص 7 وماب.

(4) - انظر، أحمد التركي، الإفلاس ، قت. جانفي 1960، ص 22 وماب.

- أيضاً ، التيجاني بن رمضان، اثار إحالة المؤسّسة للغير عند التسوية القضائيّة، قت. نوفمبر 1995، ص 49 وماب.

(5) - مصطفى العوجي، مرجع سابق، ص 329.

وفي المؤسّسة التجاريّة الفرديّة يكون المُؤسّس شخصاً واحداً، هو صاحب المؤسّسة الذي يقوم غالباً بالإدارة والإشراف بنفسه، لأنه المالك الوحيد لرأسمالها. لذا فهو يتمتّع بحريّة كبيرة في اتّخاذ القرار، ومن جهة أخرى يكون المسؤول تجاه الغير وأمام الجهات الحكوميّة[1].

بناء على الأسباب السّابقة، فإنّ شخصيّة المؤسّسة الفرديّة تختلط مع الشخصيّة القانونيّة لصاحبها، إذ لا تزال أغلب التشريعات – ومنها التشريع التونسي – لا تعطي المؤسّسة الفرديّة شخصيّة معنويّة مستقلّة[2]، رغم الحاجة إلى التّفريق بينهما لضمان استمراريّة المؤسّسات[3]، وتظهر هذه الحاجة مُلِحّة عندما تتعرّض المؤسّسة لصعوبات اقتصاديّة[4].

في العصر الحديث بدأت تظهر بوادر الفصل أيضاً بين مُموّلي المؤسّسات ومُسيّريها، حيث «نشأت طبقة خاصة من مسيري المشاريع تديرها دون أن تموّلها، وتتحمّل وحدها مسؤوليات أخطاء التسيير والتنظيم، ويتحمّل المموّل وحده الخسارة ويختصّ بالربح...»[5].

إن تكوين الأفراد لمؤسّساتٍ تجاريّةٍ يؤدي حتماً لإخضاعهم للقانون التّجاري وتطبيق أحكامه على نشاطهم.

---

(1) – نواف الرومي، مرجع سابق، ص 58.

(2) – انظر، أبوزيد رضوان، مفهوم الشخصيّة المعنويّة بين الحقيقة والخيال، مجلّة العلوم القانونيّة والاقتصاديّة (مجلّة نصف سنوية) ، جامعة عين شمس، عدد يناير (جانفي) 1970، ص 193 وما بعد.

(3) – مشروع قانون مجلّة الشركات التجاريّة أجاز انشاء الشركات محدودة المسؤوليّة ذات الشخص الواحد (فصل 90)، وبهذا يكون قد فصل بين شخصيّة المؤسسة وشخصيّة صاحبها وقبل بتقسيم ذمته المالية أيضاً.

(4) - Cf., Andrée BRUNET, De la distinction de l'homme et de l'entreprise, Etudes dédiées à René ROBLOT, Op. Cit. p. 471 et suiv.

(5) – راشد الراشد، مرجع سابق، ص 9.

ثانياً - تجاريّة المؤسّسة الفرديّة :

اعتمد الأستاذ اسكارّا ESCARRA على نظريّة المؤسّسة للتّفريق بين العمل التّجاري والعمل المدني - كما رأينا سابقا عند دراسة معايير التجاريّة - فجعل بذلك من القانون التّجاري قانوناً للمؤسّسات التجاريّة وليس قانوناً للأعمال التجاريّة[1].

أمّا المشرّع التّونسي فقد أخذ بمعيار المؤسّسة جزئيّاً، فاشترط في بعض الأنشطة أن تتم ممارستها من خلال مؤسّسة حتى تكون تجاريّة.

وبالتّمحيص في المؤسّسات التجاريّة الفرديّة، نجد أن صاحب المؤسّسة هو تاجر محترف(أ) ونشاطه يكتسي الصّبغة التجاريّة(ب).

أ - صاحب المؤسّسة تاجرٌ محترف :

لم يفرّق المشرّع التونسي بين صاحب الحرفة التجاريّة وصاحب المؤسّسة التجاريّة الفرديّة ، فهما يخضعان لنفس النّظام القانوني ويكتسب كل منهما صفة التّاجر[2]،ويترتّب عليهما نفس الالتزامات القانونيّة، كمسك الدّفاتر التجاريّة (فصل 7 م.ت.)[3]،والتّسجيل في السّجل التّجاري[4] (فصل 2 من القانون عدد 44 لسنة 1995).

ومن جهة أخرى يتمتّع أيضاً صاحب المؤسّسة التجاريّة بكل المزايا التي تنتج عن صفة التّاجر القانونيّة[5]،فهو أولى من صاحب الحرفة التجاريّة بذلك ، لأن المؤسّسات هي الأكثر أهميّة في الحياة الاقتصاديّة. لذلك كان التوجّه التّشريعي الحديث مركّزاً باتّجاه حماية المؤسّسات، وهذا ما يبدو جلياً في قانون

---

(1) - انظر ، هشام فرعون، مبادئ القانون التّجاري المغربي، مرجع سابق، ص 27.

(2) - انظر، صالح التريكي، التاجر من خلال المجلة التجاريّة، قت. فيفري 1994، ص 39 وماب.

(3) - أعفى المشرّع التونسي صغار التّجار من واجب مسك الدفاتر التجاريّة (الفقرة 2 من الفصل 7 م.ت).

(4) - انظر، الفضل الصافي ، السجل التّجاري في تأمين المعاملات وتنشيط الاقتصاد، قت. نوفمبر 1990، ص 7 وماب.

(5) - Cf., Jean-Paul BRANLARD, Introduction au droit de l'entreprise, AENGDE/ DUNOD, Paris, 1993, p. 138 et suiv.

17 أفريل 1995 المتعلّق بإنقاذ المؤسّسات التي تمر بصعوبات اقتصاديّة[1]، حيث ينصّ الفصل الأول منه على أنّه : «يهدف نظام الإنقاذ أساساً إلى مساعدة المؤسّسات التي تمرّ بصعوبات اقتصاديّة على مواصلة نشاطها والمحافظة على مواطن الشغل فيها والوفاء بديونها».

إذن بالرغم من كون صاحب المؤسّسة الفرديّة هو تاجر محترف، إلاّ أنّه يختلف عن صاحب الحِرفة التجاريّة، لأنّه وحده الذي يستفيد من نظام إنقاذ المؤسّسات. وهذا يجعل من التّمييز بينهما أمراً هاماً. فما هو المعيار للتفرقة بينهما رغم عدم وجود أي نصّ قانوني عام لرسم الحدّ الفاصل بين الحِرفة التجاريّة والمؤسّسة الفرديّة التجاريّة ؟

يبدو أنّه من الضروري تدخّل المشرّع لإيجاد معيار للتفرقة بينهما كاشتراط حدٍّ أدنى لرأسمال المؤسّسات الفردية[2]، أو حدٍّ أدنى من عدد العاملين في المؤسّسة الفرديّة ليصح تسميتها بالمؤسّسة التجاريّة. كما فعل بالنسبة للتّمييز بين الحِرفي المستقلّ Artisan والمؤسّسة الحِرفيّة Entreprise artisanale وذلك بالقانون عدد 106 لسنة 1983 المتعلق بالقانون الأساسي للحِرفيين، فكلاهما يمارس نشاطاً يعتمد أساساً على العمل اليدوي (فصل 1 من القانون المذكور) إلا أنّ الحِرفي المستقلّ يمارس النشاط بذاته، كما هو الحال بالنّسبة للحلاق والحدّاد والنجّار وغيرهم[3].

في حين أن المؤسّسة الحِرفيّة كما عرّفها الفصل 7 من نفس القانون هي كل مؤسّسة فرديّة أو شركة أشخاص أو تعاضديّة تُشغّل أقلّ من عشرة أشخاص

---

(1) – القانون عدد 34 مؤرّخ في 17 أفريل 1995، رائد رسمي، عدد 33 مؤرّخ في 25 أفريل 1995، ص 792.

(2) – صدر قرار وزير الدولة المكلف بالاقتصاد الوطني المؤرّخ في 24 جويلية 1970 المتعلّق بتحديد رأس المال الأدنى المطلوب لتعاطي تجارة التوزيع في مرحلة التفصيل بالنسبة للتغذية العامّة والمنسوجات ومواد البناء، وحبّذا لو صدر مثلاً نصّ قانوني يحدّد بصورة عامة الحدّ الأدنى لرأسمال المؤسّسات التجاريّة الفرديّة ليسهل تفريقها عن الحِرف التجاريّة البسيطة.

(3) – ينصّ الفصل 2 من القانون الأساسي للحِرفيين على أنه : «تُطلق كلمة (حِرفي) حسب مفهوم هذا القانون على كل عامل مستقل بذاته يمارس نشاطاً في الصناعات الحِرفيّة كما وقع ضبطها بالفصل الأول من هذا القانون ويثبت كفاءة مهنية يقع ضبط شروطها بأمر».

بقطع النّظر عن (رئيس المؤسّسة وعائلته)[1]، بشرط أن يكون في المؤسّسة حِرفي على الأقلّ يتولّى التّسيير الفنّي عندما لا يكون لرئيسها صفة الحِرفي.

ما يمكن استنتاجه من الفصل 7 المذكور أعلاه أنّه قد أوجد تمييزاً آخر بين المؤسّسة الحِرفية الفرديّة والمؤسّسة التجاريّة الفرديّة، لتشابه المنتوج في المؤسّسة الحِرفية والمؤسّسة الصناعيّة التي تعتبر تجاريّة، اعتماداً على عدد العمّال في المؤسّسة الفرديّة. فتكون هذه المؤسّسة تجاريّة إذا تجاوز عدد العاملين فيها عشرة أشخاص دون اعتبار رئيس المؤسّسة وعائلته، حتى لو كان كل العاملين بها حِرفيين.

في نفس السّياق السابق يمكن للمشرّع مثلاً صياغة نصٍ قانونيٍ للتمييز بين الحِرفة التجاريّة والمؤسّسة التجاريّة، وبذلك تسدّ ثغرة قانونية مهملة رغم أهميّتها.

ب - نشاط المؤسّسات التجاريّة الفرديّة :

إذا كان الاحتراف هو الشرط اللازم لاعتبار النشاط الذي يمارسه الشخص نشاطاً تجارياً بالنسبة لأغلب الأعمال المُعدّدة في الفصل 2 م.ت. ، فمن الطبيعي أن تكون هذه الأنشطة تجاريّة أيضاً إذا مارسها صاحبها من خلال مؤسّسة. فصاحب مصنع كبير يُعتبر محترفاً لنشاط تجاري وبنفس الوقت هو صاحب مؤسّسة تجاريّة، لتوفّر كل مُقوّمات المؤسّسة (النشاط المهني المستمر- التنظيم المسبق - العناصر الماليّة والبشريّة والفنيّة).

بالمقارنة بين نشاطي الحِرفة التجاريّة والمؤسّسة التجاريّة، يُلاحظ الفرق بين حجمي النشاطين، فنشاط المؤسّسة التجاريّة دائماً أكبر، من حيث عدد العاملين أو من حيث رأس المال أو من حيث امتداد النّشاط وهذا يؤدي إلى ارتفاع أرباح المؤسّسة وإنتاجيتها.

وبما أن التنظيم هو ركن حتمي ومؤكّد في المؤسّسة التجاريّة فإن نشاط المؤسّسة يبدأ انطلاقاً من تجهيزها بالوسائل اللازمة واكتمال تنظيمها وتهيئتها. فإذا نظّم الناقل مثلاً وسائل النقل وأتمّ تنظيم مؤسّسته فإن أول عمليّة نقل يقوم

---

(1) عائلة رئيس المؤسّسة الحِرفية تشمل هنا : الآباء والأبناء والقرين.

بها تعتبر تجاريّة، بل إن أول التزام ينشأ بسبب هذه المؤسّسة يكتسب أيضاً الصبغة التجاريّة[1].

المشرّع التّونسي صرّح في كثير من الأحيان بتجاريّة بعض المؤسّسات، بل اشترط توفّر عناصرها لإضفاء الصّبغة التجاريّة على بعض الأنشطة، أي تكون هذه الأنشطة تجاريّة فقط إذا تمت ممارستها من خلال مؤسّسة .

الفقرة الثانية : المؤسّسات التجاريّة بصراحة النصّ

نصّت الفقرة الثانية من الفصل 2 من المجلّة التجاريّة التونسيّة على أنّه : «ويعدّ تاجراً بالخصوص كل من يباشر على وجه الاحتراف :

- ....

10- استغلال منشئات [2] الملاهي العموميّة

11- استغلال منشئات الإشهار والطباعة والإخبار بالأنباء أو الإرشادات ونقلها.

وبمقارنة هاتين النُبذتين بسابقاتها لانجد عبارة منشآت أو مؤسّسات إلا فيهما. مع العلم أن الكثير من الأنشطة المذكورة لا يمكن ممارستها إلا من خلال مؤسّسات كأنشطة التّأمين والبنوك مثلاً، وهو ما يؤكّده الكثير من القوانين الخاصة.

وبالمناظرة أيضاً مع تشريعات أخرى، نلاحظ أن الكثير منها يشترط توفّر مقوّمات المؤسّسة في أنشطة معينة لتصبح تجاريّة[3] وتذكر ذلك صراحة في فصل عام في مجرى الحديث عن الأعمال التجاريّة. وحبّذا لو فعل المشرّع التّونسي ذلك وأعاد صياغة الفصل الثاني من المجلّة التجاريّة بما يتماشى مع مستجدّات الحياة الاقتصاديّة المعاصرة والآفاق المستقبليّة لها.

---

(1) - علي البارودي، مبادئ القانون التّجاري والبحري، مرجع سابق، ص 69.

(2) - (منشئات) صياغة خاطئة لجمع (منشأة)، والأصحّ أن تُرسم (منشآت). وبالرجوع إلى النصّ الفرنسي نجد أن المقابل لهذه اللفظة هو (Entreprises)، ولعلّ المشرّع التونسي تعمّد تعريبها بمصطلح (منشآت) وليس (مؤسسات)، لأن المؤسّسة قد تكون متعددة المنشآت، وقد تتكون من منشأة واحدة فقط. وبهذا يُكتفى بالمؤسّسات وحيدة المنشأة لتكتسب هذه الأنشطة الصفة التجاريّة.

(3) - انظر مثلاً الفصل 632 تجاري فرنسي.والفصل 6 لبناني أو سوري.والفصل 2 جزائري وغيرها.

أولاً - منشآت الملاهي العموميّة

قبل دراسة الصبغة التجاريّة للملاهي العموميّة(ب) يتوجّب بيان أنواع هذه المنشآت وتنوّعها(أ).

أ - تنوّع منشآت الملاهي العموميّة :

يدخل في مفهوم الملاهي العموميّة Spectacles publics[1] جميع الأنشطة التي تهدف إلى الترفيه وتسلية الجمهور أو تثقيفه سواء كانت فنيّة أورياضيّة.

1 - الملاهي العموميّة الفنيّة والتثقيفيّة :

تشمل المسارح ودور السينما، القاعات المخصّصة للموسيقى والغناء والرّقص، النوادي الليليّة ومدن الملاهي، قاعات المحاضرات، صالات المعارض وعروض الأزياء ، حدائق الحيوانات والسّيرك[2].

كما يمكن إلحاق قنوات التلفزة الخاصّة ونوادي الفيديو بهذه الملاهي.

2 - الملاهي العموميّة الرياضيّة :

تعتبر من هذه الأنشطة المنشآت الرياضيّة بجميع أصنافها. كالملاعب الرياضيّة وحلبات سباق الخيل[3] وحلبات الملاكمة وغيرها من الرياضات الفرديّة والجماعيّة المنظمة من قبل النّوادي الرياضيّة، بشرط أن يكون هدفها المضاربة على جهد الغير.

---

(1) - اختلفت التشريعات العربيّة في التعبير عن هذا النشاط، فهي (الملاعب العموميّة) في القانون المصري و(المشاهد العامّة) في القانونين اللّبناني والسّوري، و(دور العرض) في القانون العراقي، و(المحلات المعدّة للجمهور) في القانونين الكويتي واليمني و(الملاهي العموميّة) في القانون التونسي ونظيريه الجزائري والمغربي ...

(2) - انظر ، مصطفى رضوان، مدوّنة الفقه والقضاء في القانون التّجاري، ج. 1، منشاة المعارف ، الاسكندرية ، طبعة غير مؤرّخة ، نبذة رقم 50، ص 54.

(3) - في تونس أصبح استغلال منشآت سباق الخيل محتكراً من طرف الدولة، بموجب الأمر عدد 99 المؤرّخ في 18 مارس 1969 . وبهذا لم يَعدْ ممكناً للافراد أن يمارسوا هذا النشاط.

ويمكن الحاق نوادي الرياضات الفكريّة كالشطرنج ومحلات الألعاب بالأجهزة الكهربائيّة، وأيضاً صالات القمار والمراهنات المرخّص بها[1] بالملاهي العموميّة[2]. وجميع هذه الأنشطة تكتسي الصبغة التجاريّة إذا توفّرت فيها بعض المقوّمات.

ب - تجاريّة الملاهي العموميّة :

تعدّ أعمال الملاهي العموميّة من أعمال المضاربة، لأن صاحب هذا النشاط يضارب على رأس المال وجهد الآخرين البدني والفكري والفني بقصد الرّبح[3]، وينطبق على هذه الأعمال أحياناً معيار التوسّط أيضاً، كالتوسّط بين المطربين والجمهور أو التوسّط بين الملاكمين والمتفرّجين وغير ذلك، إلا أن المشرّع التونسي لم يكتف بهذه المعايير بالنسبة لهذه الانشطة بل اشترط أن يتم الاستغلال من خلال مؤسّسة حتى تكون الملاهي العموميّة ذات صبغة تجاريّة.

بالرّجوع الى الصّيغة التي استعملها المشرّع التونسي للتعبير عن نشاط الملاهي العموميّة، نلاحظ أنه اكتفى أن تكون المؤسّسة المستغلّة لهذا النشاط وحيدة المنشآت، وهو ما يؤكده في الفصل 2.م.ت. حيث نصّت النبذة العاشرة من فقرته الثانية على : «استغلال منشآت الملاهي العموميّة». فكل مؤسسة ملاهي مهما كانت صغيرة تعتبر تجاريّة حسب التّشريع التّونسي، حتى لو كانت مكوّنة من منشأة وحيدة.

وبالرّجوع إلى القانون الفرنسي نلاحظ توافقاً كبيراً مع التوجّه التونسي بالنّسبة للنشاط الملاهي، ورغم أنّ الفصل 632 من المجلّة التجاريّة الفرنسيّة استخدم كثيراً لفظة Entreprises للتعبير عن المؤسّسات التجاريّة، إلا انّه عند الحديث عن الملاهي العموميّة استخدم المشرّع لفظة Etablissements وهي المقابل الأكثر دقّة لعبارة المنشآت[4]. وهذا ما يُرجّح تعمّد المشرّع التّونسي في التّماشي مع التقنين الفرنسي الذي يعدّ مصدراً له.

---

(1) – انظر، الأمر عدد 114 المؤرّخ في 14 فيفري 1976 المتعلّق بضبط التّراتيب العامة لألعاب الملاهي، رائد رسمي، عدد 14 تاريخ 17 فيفري 1976، ص 494.

(2) – انظر، محمد فهمي الجوهري، مرجع سابق، ص 48.

(3) – انظر، هشام فرعون، مبادئ القانون التّجاري المغربي، مرجع سابق، ص 40 و 41.

(4) - Art. 632 C. Com. F. «La loi répute actes de commerce :

- ...

- .... établissements de ventes à l'encan, de spectacles publics...».

يُشترط في مؤسّسات الملاهي العموميّة لكي تكون تجاريّة الصبغة أن تسعى لتحقيق الأرباح، أما إذا كانت غايتها ثقافيّة أو تعليميّة أو دينيّة أو خيريّة فلا تكون تجاريّة، بل تبقى خاضعة للقانون المدني (كما لو تألّفت فرقة هواة للتمثيل).

وبعد أن كان استغلال منشآت الملاهي العموميّة يقوم به أصحاب المواهب بأنفسهم، أصبح هذا الاستغلال يتمّ عن طريق أصحاب رؤوس الأموال الذين يقومون بشراء حق العرض من أصحاب هذه الأعمال، ويبيعون الفرجة للجمهور سعياً وراء تحقيق الأرباح. وقد أكّد فقه القضاء التونسي أنّ النزاع له صبغة تجارية في قضيّة تتعلّق بتاجر مُتنازع مع صاحب سينما،إذ جاء في قرار تعقيبي أنّه : « ... حيث اقتضت أحكام الفصل 2 من المجلة التجاريّة أنّه يعدّ تاجراً كل من يباشر على وجه الاحتراف استغلال منشآت الملاهي العموميّة... وحيث أنه طالما كانت صفة التّاجر قائمة في جانب كل من الطرفين... »[1].

والجدير بالذكر أن مؤسّسات الملاهي العموميّة الخاصة بصناعة السينما هي من الأنشطة التي تخضع للتّرخيص الإداري، وهو ما جاء به الفصل الأول من مجلة الصّناعة السّينمائية لعام 1960[2].

ثانياً - مُنشآت الإشهار والطباعة والإخبار بالأنباء والإرشادات ونقلها :

إن دراسة هذه المؤسّسات يستوجب تصنيفها في مجموعتين، تضمّ كل منهما الأشكال المتقاربة في الطبيعة وفي نوع النشاط، فيكون مقبولاً تقسيمها إلى منشآت الإشهار والطباعة (أ). ومنشآت الإخبار بالأنباء والإرشادات ونقلها(ب).

أ - مُنشآت الإشهار والطباعة :

يتقارب النشاط الإشهاري من نشاط الطباعة، وإن كان لكل منها خصوصيته.

---

(1) - تع. مد. عدد 12303 مؤرّخ في 1 أفريل 1985 ، ن.مح.تع. 1985، ج. 1، ص 101.

(2) - قانون عدد 19 المؤرّخ في 27 جويلية 1960 ، رائد رسمي. مؤرّخ في 29 جويلية - 2 أوت 1960، ص 1239.

1 - استغلال مُنشآت الإشهار :

يتمثّل نشاط منشآت الإشهار أو الإعلان في أعمال الدّعاية وإبراز مزايا منتوج معين مما يسهّل تسويقه،«والإعلان السليم يكون سلاحاً فعّالاً يغزو به التاجر السّوق ويساعد على ترويج البضاعة إذا أُجيد استعماله...»[1].

وقد عرّف الفصل الأول من قانون تنظيم مهنة عون الإشهار التّجاري[2] هذا النشاط، إذ ينصّ على أنّه : «يعتبر إعلاناً إشهارياً على معنى هذا لقانون، العمل الذي يتوجّه بواسطته مُعلِن إلى العموم عن طريق المستندات الاشهاريّة[3] سواء مباشرة أو بواسطة عون إشهار للتعريف بمؤسّسته أو منتوجاته أو خدماته، قصد تنمية مبيعاته أو خدماته».

يجوز أن يكون عون الإشهار شخصاً طبيعياً أو معنوياً (فصل 3 من قانون 1971، إلا أن التقييد الوارد في الفصل 2 من المجلّة التجاريّة يفرض على الأفراد الذين يرغبون احتراف هذه المهنة أن يكون ذلك من خلال مؤسّسة، ولو كانت مكوّنة من منشأة وحيدة.

---

(1) - جماعة من الأساتذة، التّجارة وأصول التعامل التّجاري، مرجع سابق، ص 141.

(2) - قانون عدد 22 مؤرّخ في 25 ماي 1971.

(3) - عدّد الفصل 2 من القانون عدد 22 لعام 1971 المستندا ت الإشهاريّة، إذ ينص على أنّه :
«تعتبر خاصةً مستندات إشهاريّة :
1- الصّحافة
2- السينما
3- الإذاعة والتلفزة
4- المعلّقات المطبوعة أو الضوئيّة القارة أو المتحرّكة
5- اللاّفتات القارّة أو المتحرّكة أو الملتصقة بعربات عموميّة أو خاصّة
6- جميع أدوات النهوض بالمبيوعات كرسائل الإشهار وقائمات البضائع والنشريات في شكل أسفار عادية أومطبوعة.
7- كل الأدوات ذات النفع الحاملة الإعلان الإشهاري والموزعة مجاناً من طرف التاجر على حُرفائه.
8- المسابقات والألعاب التي لا يقدم فيها المشاركون مساهمةً ماليةً خاصةً غير اشتراء كمية من منتوجات المُعلن.
9- وبصورة عامة كل وسائل الاتصال والترويج والأخبار المعتبرة كفيلة بنشر الإعلان الإشهار».

كما أن الفصل السادس من قانون 1971 يشترط على من يرغب احتراف هذه المهنة أن يحصل على الترخيص الإداري، وهو محصور بالحاصلين على شهادة ختم الدروس الثّانوية على الأقلّ، أو ذوي الخبرة بالميدان الإشهاري لمدة خمس سنوات على الأقل، وأن يكون لهم ضمان بنكي قدره عشرة آلاف دينار. ولم يسبق الحُكم عليهم جنائياً أوببعض الأحكام الجناحيّة (كالسرقة أو التحيّل أو خيانة المؤتمن..).

ويفرض الفصل 7 من نفس القانون عقوبة ماليّة تتراوح بين ألف دينار وخمسة آلاف دينار، بالإضافة إلى غلق المؤسّسة بالنسبة إلى كل من يمارس هذه المهنة قبل أن يحصل على الترخيص بذلك.

2 - استغلال مُنشآت الطباعة أو النّشر :

تعتبر مؤسسات طباعة ونشر كل المؤسّسات التي تتوسط بين المؤلف والعموم (الفصول من 27 إلى 31) من قانون الملكيّة الأدبيّة والفنيّة[1].

ويتعلق نشاط الناشر تصنيع عدد محدد لنموذج من العمل الفني، بقصد طبعه وتوزيعه من خلال كتب أو اسطوانات أو أيّة طريقة تسجيل أخرى[2].

يشترط أيضاً بنشاط الطباعة - شأنه شأن نشاط الإشهار - أن يتم من خلال مؤسسة حتى يكون تجارياً، وهو ما عبّر عنه المشرّع التونسي باستغلال منشآت الطباعة (فصل 2 / 2 م.ت)، وعليه فإن كل من يحترف هذا النشاط من خلال مؤسّسة - حتى لو كانت ذات منشأة وحيدة - فإن نشاطه يكون تجاريّاً، ويكتسب صاحب المؤسّسة صفة التاجر القانونيّة بناء على ذلك.

---

(1) - القانون عدد 36 المؤرّخ في 24 فيفري 1994 ، رائد رسمي. عدد 17 مؤرّخ في 1 مارس 1994، ص 353.

(2) - جاء في قر. تع. أن : «... المُراد بعقد النشر للمصنّفات الكتابيّة هو العقد الذي يحيل بمقتضاه المؤلف أو من حلّ محلّه -حسب شروط معينة- الحق للناشر في أن يصنع بنفسه أو بواسطة الغير عدداً معيناً من النسخ من المصنف على أن يتولّى الناشر نفسه عمليتي النشر والتوزيع، وينبغي أن يكون هذا العقد مكتوباً وإلاّ اعتبر ملغى...».
- تع. مد. عدد 17344 مؤرّخ في 23 مارس 1987، ن.مع.تع. 1987، ج. 1، ص 325.

ب - منشآت الإخبار بالأنباء والإرشادات ونقلها :

قد توجد منشآت تجاريّة تزاول كل هذه الأنشطة سويّة، أوتختص ببعضها أوبأحدها فحسب .

1 - منشآت الإخبار بالأنباء :

كالمؤسّسات الصحفيّة والإذاعات والتلفزات الخاصة، التي تضارب على أعمال المحرّرين والعاملين فيها.

ويعتبر صاحب المؤسّسة مزاولاً لنشاطٍ تجاري، ما لم تكن هذه المؤسّسات ذات أهداف اجتماعيّة أو دينيّة أو علميّة، كالصحف والمجلات الصادرة عن نقابات العمال أو الجامعات، علماً أنّ البعض يرجح اعتبار الأعمال المتعلقة بالصحف تجاريّة مهما كان الغرض من إصدارها[1].

يبدو أن المشرّع التّونسي يشترط أن يكون القصد من هذا النشاط هو تحقيق الأرباح، حتى تكون المؤسّسة الإخباريّة ذات صبغة تجاريّة، حيث إن الفصل 2 م.ت. يفترض توفّر هذا القصد ضمناً، لأن الاحتراف يحمل معنى التكسب والمضاربة.

2 - منشآت الإرشاد :

تقوم هذه المؤسّسات بتجميع الأخبار والمعلومات وإيصالها للمشتركين[2]، وبعض الحرفاء يوزعون بدورهم المعلومات عن طريق وسائل الإعلام، وتعتبر هذه المؤسّسات تجاريّة إذا توفّر فيها معيار المضاربة وكانت تسعى لتحقيق الأرباح.

ولأنّ المؤسّسات الفرديّة لا تحقّق دائماً الأهداف المنشودة التي أُنشئت لأجلها من ضمان الاستمراريّة والحصول على الرّبح الوفير، لذا يسعى أصحاب رؤوس الأموال إلى التجمّع في إطارٍ قادرٍ على الصمود في وجه المنافسة وجني الأرباح الطائلة، وذلك من خلال إنشاء مؤسسات جماعيّة.

---

(1) - انظر، محمد عبد القادر الحاج، مرجع سابق، ص 126.

(2) - Cf., N. MEZGHANI, Op. Cit., Vol. 1, 1996-1997, p. 71.

المبحث الثاني : المؤسّسات التجاريّة الجماعيّة

إلى جانب الأفراد المحترفين للتجارة وأصحاب المؤسّسات التجاريّة الفرديّة، توجد مؤسّسات جماعيّة تُعتبر أنشطتها تجاريّة أيضاً.
وتكون هذه المؤسّسات إمّا على شكل شركات (الفقرة الأولى)،أو بصورة تجمّعات ذات صبغة تجاريّة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : الشركات التجاريّة

لئن عرّف المشرّع التونسي الشّركة في صلب الفصل 1249 م.إ.ع. بأنّها: «تعاقد إثنين أو أكثر على خلط أموالهم وأعمالهم أو أحدهما فقط بقصد الاشتراك فيما يتحصّل من ربحها». فإنّ الفقه ذهب إلى اعتبار الشركات ليست مجرّد عقد وإنما هي أيضاً مؤسّسة قانونيّة Institution، هذا بالإضافة إلى كونها تعتبر إطاراً اقتصادياً متميّزاً في تطوير الاستثمار والمبادرات الخاصّة[1].

ويرى العديد من الفقهاء أنّ فكرتي العقد والنظام القانوني تتعايشان داخل الشّركة، ومنهم الأستاذ كمال طه الذي يقول «وهذه الفكرة النظاميّة رغم وجاهتها الظاهرة – لا تَستبعد تماماً الفكرة التقليديّة لعقد الشّركة، ذلك أنه من الثابت أن الشّركة تنشأ بمقتضى عقد حقيقي ... هذا إلى أن تأثير كل من عاملي العقد والنظام يختلف بحسب نوع الشّركة... ففي شركات الأشخاص تحتفظ فكرة العقد بسلطانها... أمّا في شركات الأموال وبوجه أخص في شركات المساهمة.. فإن لفكرة النظام السّيادة والغلبة على فكرة العقد...»[2].

يمكن تقسيم الشركات من حيث ماهيتها الى قسمين كبيرين : الشركات المدنيّة والشركات التجاريّة. ولتمييز الشركات عن بعضها أهميّة كبرى، لأن الشركات التجاريّة هي وحدها التي تعامل معاملة التّجار وتخضع للقانون التّجاري[3] ، أما الشركات المدنيّة فلا تخضع للقانون التّجاري ولا تطبق عليها

---

(1) – انظر ، صابر الغربي، تدخّل القاضي في تسيير الشركات، قت. اكتوبر 1995، ص 113.
– ايضاً ، توفيق بن نصر، تعليق على قانون الشركات التجاريّة، دار الميزان للنشر، سوسة، ط. 1، 1996، ص 1 و 2 و 3.

(2) – مصطفى كمال طه، القانون التّجاري (المصري)، ج.1 مرجع سابق، ص 145.

(3) - Ahmed OMRAN, Cours de Droit commercial, 3ème année de la maîtrise en Droit, Fac. Dr., Sousse , 1989-1990, p. 105.
– انظر، علي حسن يونس ، مرجع سابق، ج. 4 (الشركات التّجارية) ، ط. 1973 ، مجلد 1، ص 13 وماب.

التزامات التّجار[1] ومع ذلك هناك العديد من الأحكام المشتركة بين الشركات التجاريّة والمدنيّة لأن أصلهما واحد، ولم ينفصلا إلا لخصوصيّة الحياة التجاريّة وخطورة آثارها[2].

وقد نظّم المشرّع التّونسي الشركات التجاريّة في المجلّة التجاريّة، وخاصة بالفصول من 14-188. ويمكن أيضاً الرّجوع الى أحكام الشركات التي تضمّنتها مجلة الالتزامات والعقود فيما يخصّ الأمور التي لم تتعرّض لها المجلة التجاريّة وبالأخصّ الفصول من 1249 - 1350.

والشّركات التجاريّة كغيرها من الشركات تنشأ بموجب عقد، وبذلك تختلف عن الشيوع[3] الذي لا ينشأ دائماً عن إرادة المشتركين بالمال الشائع[4]. وتتطلّب لشروط موضوعيّة، منها ما هو عام يتعلّق بكل العقود (كالأهليّة[5] والرّضا والموضوع والسّبب)[6] (فصل 2 م.إ.ع). ومنها ماهو خاصّ بعقد الشّركة ويمكن استنباطها من تعريف الشّركة وتنحصر في أربعة شروط :

I - تعدّد الشركاء : وهو السّائد في التّشريعات التي تعتمد مبدأ وحدة الذمّة المالية، إذ لا تجيز هذه التّشريعات ما يسمّى بشركة الشّخص الواحد Société unipersonnelle[7]، التي تؤسّس من طرف شخص واحد ويخصّص لها

---

(1) - ماجدة العبيدي، أنواع الشركات التجاريّة وقواعد تأسيسها، رسالة تخرّج من المعهد الأعلى للقضاء، تونس،1992، ص 3.

- Cf. , Hédia HAMAMA , La société civile en Droit Tunisien, Mémoire D.E.A., Fac. Dr. Scien. Pol., Tunis, 1988-1989, p. 37 et suiv.

(2) - انظر، محمد مليكة ، الشركات التجاريّة، قت. أكتوبر 1960، ص 23.

(3) - انظر، عبد العزيز عزت الخياط، الشركات في الشريعة الإسلاميّة والقانون الوضعي (جزءان)، ج.1، مؤسسة الرسالة، بيروت،ط. 2، 1983، ص 24.

- أيضاً، نادية فُضيل، أحكام الشركة طبقاً للقانون التجاري الجزائري (شركات الأشخاص)، دار هومة، الجزائر، 1997 ، ص 15 وما بعد.

(4) - انظر، أنيس ضيف الله، عقد الشّركة، رسالة تخرّج من المعهد الأعلى للقضاء، تونس ، 1992-1993، ص 49 و 50.

(5) - تظهر أهميّة الأهليّة في شركات الأشخاص خصوصاً.

- Cf., M. COZIAN et A. VIANDIER, Droit des sociétés, L.I.T.E.C. 6è. éd.,1993,p. 47.

(6) - سلمان بوذياب ، القانون التّجاري ، المؤسّسة الجامعيّة للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت، ط.1، 1995، ص 226 و 227.

(7) - يُطلَق على هذه الشركات بالانكليزيّة اسم One man's Company وهي جائزة في بعض التشريعات (كالالماني والإنكليزي)،وقد أجازها المشرّع الفرنسي أيضاً بموجب قانون 11 جويلية 1985 ، والعراقي بموجب قانون عدد 36 لسنة 1983 . ويبدو أن مشروع قانون مجلّة الشركات التونسيّة قد اخذ بهذه الشركات أيضاً (انظر مثلاً الفصل 90 من المشروع).

جزءاً من أمواله، ولا يتحمّل من الخسائر إلا بمقدار ما خصّصه لها من أموال[1].

وعموماً يُكتفى بشريكين لقيام الشّركة، إلا أن المشرّع التّونسي فرض حداً أدنى بالنّسبة للشركات خفيّة الإسم، إذ يشترط على الأقل سبعة شركاء، باستثناء شركات المحامين خفية الاسم إذ يكفي ثلاثة شركاء لإنشائها (فصل 8 من قانون الشركات المهنية للمحامين).

ولم يضع المشرّع التونسي حدّاً أقصى لعدد الشّركاء.

وغالباً ما يكون هذا العدد قليلاً في شركات الأشخاص، لأنها تقوم على الاعتبار الشخصي Intuitus personae[2] بين الشركاء، في حين أن هذا العدد يكون كبيراً عادة في شركات الأموال، لأنّها تقوم على الاعتبار المالي دون الاعتداد بشخص الشريك[3].

II - نيّة الاشتراك **Affectio-societatis** : وهو ركن نفسي يُستنتج من طبيعة الشّركة[4]، ويعني «إرادة كل شريك في أن يتعاون مع الشركاء الآخرين في نشاط ينطوي على قدر من المخاطرة»[5]، فالشركاء يُقبلون على عقد الشّركة مدفوعين الى العمل بروح التكاتف والتضامن لمصلحة المشروع المشترك[6].

---

(1) - انظر، منير الرحراح، الشركة الفردية محدودة المسؤوليّة، رسالة تخرّج من المعهد الأعلى للقضاء، وزارة العدل التونسية، 1997 - 1998، ص 1 و2.

- أيضاً، جويدة ڤيڤة، لمحة تاريخيّة عن تطوّر شركة الشخص الواحد، قت. فيفري 1998، ص 9.

(2) - Cf., Sabah ROMDHANA, L'intuitus personae dans les sociétés commerciales, mémoire D.E.A. (Dr. Priv. Gén.), Fac. Dr. Scien. Pol., Tunis, 1988, p. 16 et suiv.

(3) - انظر، محمد فريد العريني، مرجع سابق، ج. 2 (الشركات التجاريّة)، ص 26.

- أيضاً، انطوان أبو عساف، الوسيط في قانون التّجارة اللبناني، مطبعة الحرية، بيروت، ط. 5، 1979، ص 173.

(4) - COZIAN et VIANDIER, Op. Cit., p. 65.

- Cf., Michel JEANTIN, Droit des société, 2è. éd., Monchrestien, Paris, 1992, p. 24 et suiv.

(5) - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج.5، دار النهضة، القاهرة، 1981، ص 222.

- Cf., Houyem DALLY, L'affectio societatis dans les sociétés commerciales, mémoire D.E.A., Fac. Dr. Scien. Pol., Tunis, 1991-1992, p. 2 et suiv.

(6) - أميل تيان، محاضرات في الشركات التجاريّة، قت. جوان 1962، ص 12.

- انظر، حسني المصري، مدى حريّة الانضمام للشركة والانسحاب منها، دار الفكر العربي، القاهرة، 1985، ص 10.

وتتفاوت فكرة التّعاون بين الشّركاء من شركة إلى أخرى، فهي قويّة بين الشركاء المتضامنين في شركات الأشخاص وضعيفة عند المساهمين في شركات الأموال، ومع ذلك يبقى هذا العنصر ركناً جوهرياً في تحديد وجود الشّركة[1].

III- تقديم الحصص Les apports : يعتبر هذا الشّرط الموضوعي أساسياً وهاماً في تكوين الشّركة، إذ يتوجّب على كل شريك أن يؤدّي منابأ لمصلحة الشّركة[2]. ويتفرّع تقديم المنابات عن طبيعة عقد الشّركة وليس عن الشّركة كشخص معنوي، وهو ما يؤكّده وجوب تقديمها حتى في الشّركات التي لا تتمتّع بالشخصيّة المعنويّة، ولا يجوز أن يعفي الشركاء أحدهم من تقديم الحصّة، ولو ظلّ هذا الشريك المُعفى مسؤولاً عن الخسائر[3].

هناك عدّة أشكال للحصص[4] ، فقد تكون نقوداً أو منقولات أو حقوقاً، وقد تكون عملاً (فصل 1255) م.إ.ع.، ويجوز أن يتفاوت مناب الشركاء بالقدر والنّوع (فصل 1257) م.إ.ع.

ويمثل مجموع الحصص المقدّمة رأس مال الشّركة Capital social، ولكنّه لا يشمل الا الحصص النقديّة والعينيّة، في حين أن حصص العمل Apport en industrie لا تدخل في تكوين رأس المال[5].

IV- اقتسام الأرباح والخسائر : يعدّ ركناً جوهرياً تقتضيه فكرة الشّركة، ولكل شريك نصيب من الربح أو الخسارة بقدر منابه في رأس المال(فصل 1300 م.إ.ع.).

---

(1) – انظر بهذا المعنى، حكم استئنافي مدني عدد 2727 مؤرّخ في 10 – 12 – 1970، قت. مارس 1971، ص 57.

(2) – انظر ، عزيز العكيلي، الشركات التجاريّة في القانون الأردني (دراسة مقارنة)، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان، 1995، ص 39 وماب.

- Cf. , Philippe MERLE, Droit commercial (sociétés commerciales), 5è. éd., DALLOZ-DELTA, Paris, 1996, p. 37 et suiv.

(3) – انظر، اكثم أمين الخولي، قانون التّجارة اللبناني المقارن، ج. 2 (الشركات التجاريّة)، دار النهضة العربية، بيروت، 1968، ص 36.

(4) - Cf. , Dominique VIDAL, manuel Droit des sociétés, L.G.D.J., Paris, 1993, p. 17 et suiv.

(5) – انظر ، ماجدة العبيدي، مرجع سابق ، ص 130.

– أيضاً، محمد فريد العريني وجلال وفاء البدري محمدين، قانون الأعمال (دراسة في النشاط التّجاري واليّاته)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندريّة، 1996، ص 188 و 189.

وقد جاء في حكم ابتدائي صادر عن المحكمة الابتدائيّة بتونس تحت عدد 301 مؤرّخ في 30 جويلية 1963 أن عقد الشّركة يتكوّن من ثلاثة عناصر :

1- مساهمة شخصين أو أكثر بحصص المساهمة

2- التعويل منهما على اقتسام الأرباح

3- انعقاد نية الشّركة بينهما.

وجاء بنفس المعنى القرار الاستئنافي عدد 94861 المؤرّخ في 31 ديسمبر 1991 الصادر عن محكمة الاستئناف بتونس[1] .

ولا يجوز الاتفاق على حرمان شريك من الأرباح أو أعفائه من الخسارة، وهو ما يطلق عليه شرط الأسد Clause leonine، لأن ذلك يتنافى مع طبيعة عقد الشّركة[2]. وقد نصّ الفصل 1302 م.إ.ع. على بطلان شروط الأسد صراحةً، وأحياناً تبطل الشركة أيضاً.

وبالإضافة للشروط الموضوعية العامة والخاصة ، لابد لقيام الشّركة التجاريّة من توفّر شروط شكليّة ضروريّة، «ولا يمكنها الشروع في نشاطها إلا بعد إتمام الموجبات القانونيّة لصحّتها والتي تكسيها بمظهر مهرجاني جلي خاصّ بها...»[3].

وتتمحور هذه الموجبات في أمرين : يتعلّق الأوّل بضرورة الكتابة[4] ، حيث لا يمكن للشركاء الاحتجاج بقيام الشّركة إلا إذا كان العقد مكتوباً (باستثناء

---

(1) - (م.ف.ق.ت.)، ص 97 و 100.

(2) - انظر، الياس حداد، القانون التّجاري (برّي - بحري- جوّي)، مطبعة جامعة دمشق، 1986-1987، ص 111.

- أيضاً ، علي الخفيف ، الشركات في الفقه الإسلامي (بحوث مقارنة) ، معهد الدراسات العربية العالية (جامعة الدول العربية)، دار النشر للجامعات المصريّة ، القاهرة، 1962، ص 30.

- Cf., Michel de JUGLART et Benjamin IPPOLITO, Traité de Droit commercial, 2ème vol. (Les sociétés), 3ème éd., 1er partie, Monchrestien , Paris , 1980, p. 229 et suiv.
- Cf., Paul LECANNU et Daniel LEPELTIER, Jurisprudence Joly de Droit des sociétés 1991-1992, Éd. G.L.N. Joly, Paris , 1993, p. 45.

(3) - محمد مليكة، مقالة سابقة، ص 29.

(4) - Cf. , Jean ESCARRA et Edouard ESCARRA et Jean RAULT, Traité théorique et pratique de Droit commercial (Les sociétés commerciales (4 Tomes), Librairie du recueil Sirey, Paris, T. 1, 1950 , p. 125 et suiv.

شركات المحاصة)[1]، وهو ما نصّ عليه الفصل 16 م.ت.

أمّا الأمر الثاني فيتعلّق بإشهار الشّركة التجاريّة، حيث فرض المشرّع على المؤسّسين للشركة التجاريّة القيام بثلاثة إجراءات رئيسة (لا تخضع لها شركات المحاصة لإنعدام شخصيتها المعنويّة).

وقد فرض المشرّع القيام بهذه الإجراءات خلال شهر من تأسيس الشركة وهذه الإجراءات هي :

1- إيداع عقد الشّركة بكتابة المحكمة التي بدائرتها المركز الرئيسي للشركة (فصل 177) م.ت.

2- التسجيل بالسجلّ التّجاري (فصل 178) م.ت. [2].

3- نشر ملخص عقد الشّركة في الرائد الرسمي (فصل 179) م.ت.

وبإتمام هذه الإجراءات بصورة صحيحة وكاملة، تظهر الشّركة إلى الوجود قانوناً[3]، ويمكن للشركاء الاحتجاج بها في مواجهة الغير، فقد جاء في قرار تعقيبي: «إن الشركات التجاريّة لا تعتبر صحيحة الوجود قانوناً إلا بإشهار قانونها الأساسي بالرائد الرسمي... على أنّه لا يجوز للشركاء التمسّك تجاه غيرهم بسبب هذا البطلان...»[4].

---

(1) - جاء في قرار استئنافي أنه : «تثبت شركة المحاصة بجميع وسائل الإثبات في المادة التجاريّة...».

- حكم استئنافي عدد 57856 مؤرّخ في 23-6-1965، قت. نوفمبر 1965، ص 61.

- انظر أيضاً، قر. تع. مد. عدد 24585 مؤرّخ في 23 سبتمبر 1992، ن.مح. تع. 1992، ص 271.

(2) - انظر، عبد الرؤوف الشيخ، ملامح حول نظام السجل التّجاري الجديد حسب القانون الجديد، قت. أفريل 1996، ص 12 وما.

- أيضاً، عبد الله السوفاني، تسجيل الشركات بالسجل التّجاري، مذكرة للإحراز على شهادة الدراسات المعمّقة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 1995 - 1996، ص 15 وما.

(3) - Cf., Daniel BASTIAN, La situation des sociétés commerciales avant leur immatriculation au registre du commerce, Etudes de Droit Commercial à la mémoire de Henry CABRILLAC (mélanges Cabrillac) , Librairies techniques, Paris, 1968, p. 23 et suiv.

- Cf., Didiere PLANTAMP, Le point de départ de la période de formation des sociétés commercial, R.T.D. com. 1994, p. 1 et suiv.

(4) - تع. مد. عدد 3895 مؤرّخ في 5 أكتوبر 1981، ن.مح. تع. 1981، ج. 3، ص 98.

هذا بالإضافة إلى وجود ضوابط وشروط خاصة بالشركات الأجنبيّة التي تمارس نشاطها في تونس وتنظّمها قوانين خاصة[1].

وباستثناء شركة المحاصة فإنّه ينشأ عن عقد الشّركة التجاريّة ذات معنوية مستقلّة بكيانها القانوني ومكاسبها عن كيان الشركاء ومكاسبهم[2]، وهو ما يؤكّده الفصل 14 م.ت. حيث ينصّ على أنّ : «كلّ شركة -ماعدا شركة المحاصة- لها الشخصيّة المدنيّة»[3].

يترتّب على نشوء الشخصيّة المعنويّة للشركة التجاريّة[4] عدّة آثار أهمّها :

- الذمّة المالية المستقلّة عن ذمّة الشركاء، وهذا الأمر من أهم خصائص الشخص المعنوي[5].

- للشركة مقرّ ككلّ الأشخاص، وهو المكان الذي يوجد فيه مركزها الرئيسي Siège sociale، أي مكان الإدارة الفعليّة للشركة[6] ، وهو ما جاء به الفصل 18 م.ت.

- اسم خاص بالشّركة[7] ، ولكنه في شركات الأشخاص يكون اسماً جماعياً Raison sociale يضم أسماء الشركاء المتضامنين، في حين يكون في الشركات خفيّة الاسم مجرّد تسمية Dénomination مستمدّة من غرض الشّركة، ولايذكر فيها اسماء الشّركاء.

---

(1) - Cf., Nedra TURKI née HADIJI , Les sociétés etrangeres en Droit Tunisien, mémoire D.E.S. (Dr. Priv.), Fa. Dr. Scien. Pol. Econ., Tunis, 1978-1979, p. 71 et suiv.

- انظر ، عبد الله بودور ، الشركات الأجنبيّة في القانون التونسي، رسالة تخرّج من المعهد الأعلى للقضاء، تونس، 1997-1998، ص 2 وماب.

(2) - حكم ابتدائي تجاري عدد 764 مؤرّخ في 31 ديسمبر 1963 ، قت. عدد 2 - 3 - 4 - 5 لعام 1965 ، ص 44 . (م.ف.ق.ت.) ص 111.

(3) - انظر، توفيق بن نصر، مرجع سابق، ص 167 وماب.

- أيضاً ، جمال الدين عوض علي، الشركات التجاريّة، دار النهضة العربيّة، القاهرة، 1961، ص 4.

(4) - Cf. , Michel GERMAIN, Naissance et mort des sociétés commerciales (mélanges ROBLOT), Op. Cit., p. 217 et suiv.

(5) - انظر، هشام القاسم، مرجع سابق، ص 428.

(6) - انظر، عبد الحميد الشواربي ، موسوعة الشركات التجاريّة، ط. 3، منشاة المعارف، الاسكندرية، 1991، ص 83.

- أيضاً ، (م.ف.ق.ت.) ص 115 و 116.

- Cf. , Philippe MERLE, Op. Cit., p. 94.

(7) - انظر ، حسن حبيب جوا، قانون الشركات في الأردن ، معهد البحوث والدراسات العربيّة ، القاهرة، 1972، ص 12.

هذه هي الخصائص والأحكام المشتركة بين الشركات التجاريّة، ولكن السّؤال الهام هو كيف نميّز الشّركة التجاريّة عن الشّركة المدنيّة[1]، وما هي المعايير التي اعتمدها المشرّع التونسي للتّفريق بينهما ؟

الإجابة على هذا التّساؤل تجعلنا نتعرّف من جهة على الشركات التي تكتسب صفة التاجر، ومن جهة أخرى توضّح الأنشطة التي تُمارَس من خلال مؤسّسات شركاتيّة Entreprises seciétaires [2]،ومدى اكتسابها للصبغة التجاريّة.

وقبل دراسة تجاريّة أنشطة المؤسّسات الشركاتيّة لابدّ من القول بأنّ الكثير من الفقهاء دافع عن فكرة توحيد التّشريع المنظّم للشركات وعدم التّفريق بين الشّركات المدنيّة والشّركات التجاريّة[3] ، وأخذت بعض التّشريعات بصورة متحفظة بهذه الفكرة، كالمشرّع الفرنسي الذي غلّب تدريجياً الصبغة التجاريّة على معظم أنواع الشركات.

بينما أخذت تشريعات أخرى بالفكرة بصورة مطلقة، فاعتبرت كلّ الشركات تجاريّة كما هو الحال في التّشريع الكويتي[4] ، كما أصدرت إيطاليا عام 1942 قانوناً خاصاً موحّداً يشمل القانونيين المدني والتّجاري بآن واحد دون فصل بينهما في الأحكام والقواعد[5].

---

(1) - Cf. , Barthélémy MERCADAL, Le critère de distinction des sociétés civiles et commerciales, R.T.D. Com. , 1982, p. 511.

– انظر، أبو زيد رضوان ، الشركات التجاريّة في القانون الكويتي المقارن، ط. 1، دار الفكر العربي، القاهرة، 1978 ، ص 26 وما.

(2) – قد تتكوّن شركة صغيرة جداً لا ينطبق عليها مفهوم المؤسّسة الشركاتيّة، ولكن الغالب الأعظم من الشركات التجاريّة يتوفّر فيها عناصر المؤسّسة.

- Cf., Jean GUYENOT, Cours de Droit commercial (2 Tomes), librairie du journal des notaires et des avocats, Paris, T. 1, 1977, p. 387 et suiv.

(3) - Cf. , R.T.D. com.; L'unification des sociétés civiles et commerciales :
1- Roger DORAT des MONTS, vers un droit commun ? 1982, p. 503.
2- G. BELLARGENT, Les règles de constitution...; 1983, p. 189.
3- H. GUIGOU, Gestion et contrôle, 1983, p. 525.
4- F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, Les sociétés en participation, 1984, p. 569.

(4) – نص الفصل 13 من القانون التّجاري الكويتي في فقرته الثانية على أنه :«وكذلك يعتبر تاجراً كل شركة، ولو كانت تزاول أعمالاً غير تجاريّة». وهذا يعني أنّه لا يوجد في الكويت شركات مدنيّة.

(5) – انظر، جاك يوسف الحكيم، الحقوق التجاريّة، ج.1، مديريّة الكتب الجامعيّة، جامعة دمشق، 1986-1987، ص 16

– انظر ، حلو عبد الرحمن أبو حلو، مرجع سابق ، ص 199 وما.

إلا أن المشرّع التّونسي لم يعمل بهذا التّوحيد حتى الآن، مما يتعين معه التّمييز بين الشركات، ومعرفة معايير التّفرقة بين الشّركات التجاريّة وغير التجاريّة.

يعتبر المعيار الموضوعي هو المعيار التّقليدي الذي بقي سائداً لفترة طويلة للتّفرقة بين الشّركة التجاريّة والشّركة المدنيّة. ويعتمد على طبيعة العمل الذي أُنشئت الشّركة لأجله. فتكون الشّركة تجاريّة إذا كان موضوعها تجارياً، وتبقى مدنيّة إذا لم تكن تمارس نشاطاً يعتبره القانون تجارياً[1].

غير أنه ظهرت توجّهات تشريعيّة في الكثير من الدّول، ابتعدت فيها عن المعيار الموضوعي لتعتمد الشكل كمعيار يُكسب الشّركة الصّبغةَ التجاريّةَ بقطع النظر عن طبيعة نشاطها وموضوعه . فالشّركة تكون تجاريّة بمجرّد اعتمادها شكلاً قانونياً معيناً حتى لو كان نشاطها مدنياً.

وقد تمادت بعض التّشريعات في هذا التوجّه لدرجة يمكن القول فيها إن المعيار الشكلي هو المبدأ وأن الاستثناء هو المعيار الموضوعي، كما حدث في التشريع الفرنسي، الذي تدرّج موقفه على مدى قرن من الزمن تقريباً[2]، واستقرّ فيه الأمرعلى تغليب المعيار الشّكلي، حيث نصّ الفصل الأول من قانون الشركات الفرنسي الصادر في 24 جويلية 1966 على أنّه : «يتحدّد الطابع التّجاري للشركة بشكلها أو بموضوعها. وتعتبر تجاريّة بشكلها وأياً كان موضوعها :

- شركات المفاوضة
- شركات المقارضة البسيطة
- الشركات ذات المسؤوليّة المحدودة
- شركات المساهمة » [3].

وبذلك لم يُبقِ المشرّع الفرنسي من الشركات التجاريّة بموضوعها إلا شركات المحاصة، أما المشرّع التونسي فكان موقفه معتدلاً حيث اعتمد بنفس

---

(1) - Cf. , Georges DAUBLON, Le domaine des sociétés civiles, R.T.D. com. 1983, p. 20 et suiv.

(2) – صدر القانون الفرنسي المؤرّخ في غرة أوت 1883 ليقرر تجاريّة شركات الأسهم مهما كان موضوعها، ثم تتالت القوانين في هذا الاتجاه.

(3) - Art. 1er C. Soc. F.: «Le caractère commercial d'une société est déterminé par sa forme ou par son objet.
- sont commerciales à raison de leur forme et quelque soit leur objet, les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple, les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions».
- Cf., Code des société annoté, (codes Dalloz), jurisprudence général Dalloz, Paris, 7è . éd., 1986, p.93.

الوقت معياريّ الشكل والموضوع، فأعطى الصّبغة التجاريّة لكل شركات المساهمة ومحدودة المسؤوليّة بقطع النظر عن طبيعة النشاط الذي تمارسه (ثانياً)، في حين ترك المعيار الموضوعي لباقي الشركات(أولاً) .

أولاً - الشركات التجاريّة بموضوعها :

ينصّ الفصل 15 م.ت. على أنّه : «تثبت صفة التّاجر :
1- للشّركات المساهمة وللشركات ذات المسؤوليّة المحدودة.
2- للشّركات التي يتعلق موضوعها بأحد المواضيع المنصوص عليها بالفصل الثاني».

لقد وردت في المجلة التجاريّة ستة أنواع للشركات التجاريّة، فلو استبعدنا منها شركات المساهمة (خفيّة الاسم والمقارضة بالأسهم) والشركات ذات المسؤوليّة المحدودة، التي وردت في الفقرة الأولى في الفصل 15 السابق الذكر وهي شركات تجاريّة بقطع النّظر عن طبيعة النشاط الذي أنشئت من أجله. فإنه تبقى ثلاثة أصناف من الشركات يمكن أن تكون تجاريّة بموضوعها.

يطلق على هذه الشركات اسم شركات الأشخاص Les sociétés de personnes ، لأنها تقوم بالدرجة الأولى على الاعتبار الشّخصي والثّقة المتبادلة بين الشركاء [1]، ويطلق عليها أحياناً اسم شركات الحصص Les sociétés par intérêt ، لأنّ رأس مالها مكوّن من حصص يقدّمها الشركاء ليحصلوا مُقابلها على حصص من أرباحها.

وتعتبر هذه الشركات من أقدم الأنواع [2] وأبسطها، وغالباً ما يكون عدد الشّركاء فيها غير كبير وتربطهم علاقة قرابة أو صداقة.

ولو اسقطنا محتوى الفصل 15 م.ت. على الفصل 2 م.ت، لأمكننا القول بأنّ شركات الأشخاص (المفاوضة أو المقارضة البسيطة أو المحاصة) تكتسي

---

(1) - حافظ محمد ابراهيم، القانون التّجاري العراقي، الشّركة الاسلاميّة للطباعة والنشر، بغداد، ط. 1، (طبعة غير مؤرّخة)، ص 62.
- انظر، عبد الحكم فودة، ج. 2 (شركات الأشخاص على ضوء الفقه وقضاء النّقض)، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية، 1994، ص 91 وماب.

(2) - ورد مثلاً في قانون حمورابي النص التالي :«لو أعطى رجل رجلاً اخر فضّة شراكة في تجارة، عليهما أن يقسما الأرباح أو الخسائر بينهما بشكل متناسب وأمام إله».
- ألبريشت ڤويتزي واخرون، مرجع سابق، ص 102.

الصبغة التجاريّة إذا تعلّق موضوعها بتعاطي أعمال الانتاج أو التّداول أوالمضاربة أو التوسّط (باستثناء الحالات المنصوص عليها بالقانون) [1].

كما يمكن القول إنّه تعتبر شركات الأشخاص تجاريّة بالخصوص إذا كان موضوعها :

- استخراج المواد الأوليّة
- صنع المواد المكيفة وتحويلها
- شراء المكاسب مهما كان نوعها وبيعها وتأجيرها
- حفظ الودائع بالمخازن العمومية أو القيام على إدارتها
- نقل المكاسب والأشخاص براً وبحراً وجواً
- توسّط العملاء والسّمسرة
- استغلال وكالات للقيام بشؤون العموم
- استغلال منشآت الملاهي العموميّة
- استغلال منشآت الإشهار والطباعة والإخبار بالأنباء أو الإرشادات ونقلها.

المُلاحظ هنا أن عمليات التأمين والبنوك مُستبعدة من الأنشطة التي يمكن لشركات الأشخاص ممارستها، لأن المشرّع التونسي فرض أن تكون على شكل شركات خفيّة الاسم (فصل 53 من مجلة التأمين)[2](والفصل 12 من قانون تنظيم البنوك لعام 1967).

وكذلك البورصة في تونس مُستبعدة من ميدان شركات الأشخاص. وقد كانت في ظلّ القانون عدد 49 لعام 1989 المتعلّق بالسوق الماليّة والبورصة تمارس نشاطها من خلال مؤسّسة عموميّة ، إلا أنه وبصدور قانون إعادة تنظيم السوق المالية لعام 1994 [3] ، فقد وقع حَلّ تلك المؤسّسة وأُحيلت ذمّتها المالية - بموجب الفصل 93 منه - إلى هيئة السوق المالية المنصوص عليها بالفصل 23 من القانون الجديد .

---

(1) - رأينا أن المشرع استبعد من الميدان التّجاري الفلاحة والإنتاج الفكري والمهن الحرة والحِرفيين، وهذا يعني أن شركات الأشخاص التي تكون هذه الأنشطة موضوعاً لها تبقى ذات صبغة مدنية ولا تخضع لأحكام الشركات التجاريّة، فلو اشترك طبيبان بشركة مفاوضة مثلاً فلا تكتسب هذه الشّركة الصفة التجاريّة، لأن موضوعها من أنشطة المهن الحرّة.

(2) - يمكن أن تكتسب شركات التامين التعاونيّة الصفة التجاريّة إذا استعملت الأساليب التجاريّة ولم تحافظ على طابعها التعاوني (فصل 55 من مجلة التامين).

(3) - قانون عدد 117 مؤرّخ في 14 نوفمبر 1994، رائد رسمي. عدد 90 مؤرّخ في 15 نوفمبر 1994، ص 1970.

وقد أوجب قانون السوق الماليّة لعام 1994 - بالفصل 63 منه - على وسطاء البورصة تكوين شركة خفية الاسم لتسيير سوق الأوراق المالية، يطلق عليها اسم «بورصة الأوراق المالية بتونس». لذا سنؤجّل دراسة هذه الأنشطة إلى حين التعرّض لشركات المساهمة.

ولتفادي التكرار لا ضرورة لإعادة دراسة الأنشطة التجاريّة التي يمكن لشركات الأشخاص أن تجعلها موضوعاً لها حيث تمّت دراستها سابقاً[1] ، لذا سنكتفي بدراسة أشكال الشركات التجاريّة بموضوعها من خلال تقسيمها الى نوعين : شركات مُعلَنة (أ) وشركات مستترة (ب).

أ - الشركات المُعلنة :

هي شركات تخضع لموجبات الإشهار ولها الشخصيّة المعنوية، وتمارس نشاطها تحت اسم جماعي Raison sociale بصورة علنيّة. وتكون هذه الشركات إما على شكل شركات مفاوضة أو شركات مقارضة بسيطة.

1 - شركة المفاوضة La société en nom collectif :

تعتبر هذه الشّركة النموذج الأمثل والأهمّ لشركات الأشخاص ، لتوفّر جميع السّمات العامة المميّزة لهذه الشركات (الاعتبار الشّخصي - المسؤوليّة التضامنيّة للشركاء)[2]، ويطلق عليها المشرّع الفرنسي اسم «الشّركة ذات الاسم الجماعي» لأنها تظهر في التّعامل باسم جماعي en nom collectif ، كما يُطلق عليها أيضاً اسم شركة التّضامن في بعض التّشريعات[3] ، ويطلق عليها بالانكليزية اسم Unlimited partenership[4].

وقد نظّمت المجلّة التجاريّة التونسيّة أحكام هذه الشّركة في الفصول (من 27 حتى 41). واعتبرتها خلافاً للمشرّع الفرنسي[5] من الشركات التجاريّة

---

(1) - راجع الباب الأول من هذا البحث الخاص بالحِرف التجاريّة ، وكذلك الفصل الأول من الباب الثاني المتعلق بالمؤسّسات التجاريّة الفرديّة.

(2) - انظر، ادوار عيد، الشركات التجاريّة (جزءان)، ج. 1 (شركات الأشخاص)، مطبعة النجوى ، بيروت، 1969 ، ص 174 وما.

- أيضاً، موفّق حسن رضا، قانون الشركات (أهدافه وأسسه ومضامينه)، منشورات مركز البحوث القانونية بوزارة العدل العراقية ، بغداد ، 1985، ص 31.

(3) - كالتشريع السوري (فصل 59 من القانون التّجاري)، وكذلك المصري (فصل 20).

(4) - انظر، فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ج. 3 (في الشركات التجاريّة)، ط. 1996، ص 99.

(5) - تعتبر شركات المفاوضة في فرنسا من الشركات التجاريّة بشكلها، فتكتسي بالصبغة التجاريّة حتى ولو لم تُمارس أعمالاً تجاريّة (فصل 1 من مجلة الشركات الفرنسية).

بموضوعها، وجاءت بأهم خصائصها في الفصل 27 م.ت. حيث ينص على أن : «شركة المفاوضة هي التي تظهر في التعامل تحت اسم جماعي، وتعقد بين شخصين أو أكثر على أن يكون كل واحد منهم مسؤولاً شخصياً وبالتضامن مع غيره من الشركاء عن ديون الشّركة».

- فبالنسبة إلى الاسم الجماعي : فهو يضمّ كل اسماء الشركاء، حتى يتسنّى للمتعاملين مع الشّركة معرفة أشخاصها، وإذا كان عدد الشركاء كبيراً فيكفي ذكر اسماء بعضهم مع إضافة كلمة «وشركاؤهم»[1]، للدلالة على وجود شركاء آخرين[2]، وهو ما أكّده الفصل 29 م.ت. الذي ينصّ على أنّه :«يتألّف الاسم الجماعي للشركة من اسماء جميع الشركاء، أو من اسماء بعضهم متبوعة بكلمة "وشركاؤهم"، ويجب دائماً أن يتوافق الاسم الجماعي للشركة مع هيئتها الحالية، وكل شخص أجنبي عن الشّركة يرضى عن علم منه بادراج اسمه في الاسم الجماعي المخصوص بشركة يضمن الديون التي عليها لأي شخص ينخدع بهذا التّضليل».

- أما فيما يتعلق برأسمال شركة المفاوضة فهو يتكون من حصص غير قابلة للتداول ، وهذا نتيجة لمبدأ الاعتبار الشخصي بين الشّركاء، فلا يحقّ للشريك إحالة حصته من رأس المال لغير الشركاء إلا بموافقتهم جميعاً والقيام بإجراءات الإشهار[3]، هو ما نصّ عليه الفصل 30 م.ت.

وقد أجاز المشرّع التونسي في حال وفاة أحد الشركاء استمرار الشّركة مع ورثته، ولكن تكون لهم صفة المقارض بالمال[4] . وبذلك تتحوّل الشّركة إلى شركة مقارضة (فصل 40 م.ت)، ولا يترتّب على ذلك انقضاء الشخص المعنوي للشركة وإحلال شخص جديد، بل تبقى الشّركة في ظلّ الشكل الجديد امتداداً للشركة القديمة[5].

---

(1) - بموجب الفصل 11 من مجلّة الشركات الفرنسية (المعدل في 11-7-1985) أصبح الجائز عدم ذكر اسماء الشركاء في عنوان شركة المفاوضة والاكتفاء بتسمية تجاريّة Dénomination.
- انظر ، شكري أحمد السباعي ، مرجع سابق ، ج. 5 (النظريّة العامة للشركات وشركات الأشخاص)، ط. 1992 ، ص 349.

(2) - انظر، هاني دويدار، القانون التّجاري اللبناني، مرجع سابق ، ج. 1، 1995، ص 418.

(3) - انظر، محمد كامل أمين ملش، الشركات في القوانين المصرية الجديدة والتشريع المقارن، دار الكتاب العربي بمصر، القاهرة، 1957، ص 91.

(4) - حكم ابتدائي عدد 892 مؤرّخ في 8 - 2 - 1964، قت. عدد 2 ، 3، 4، 5 لسنة 1965، ص 56.

(5) - حكم مدني استئنافي عدد 31133 مؤرّخ في 2 - 2 - 1972، قت. جوان 1972 ، ص 61.
- (م.ف.ق.ت.)، ص 162.

- أمّا فيما يتعلّق بمركز الشركاء في شركة المفاوضة فكل واحد منهم يكتسب صفة التاجر ويُعامل قانوناً كما لو كان يتعاطى تجارته بصورة منفردة ويفلّس تبعاً لتفليس الشّركة (فصل 28 م.ت.) [1]، أما إذا وقع تفليس أحد الشركاء بسبب الديون الناتجة عن تجارته الخاصّة، فلا يؤدي ذلك الى تفليس الشّركة. وإن كان ذلك يؤدي غالباً إلى انحلال الشّركة ما لم يقرّر باقي الشركاء بالإجماع الاستمرار فيما بينهم بمعزل عن الشريك المفلّس (فصل 39 / 2 م.ت.).

ومسؤوليّة الشركاء عن ديون الشّركة هي مسؤوليّة شخصيّة ومطلقة وتضامنيّة، إذ ينصّ الفصل 27 م.ت. صراحة على ذلك. هذه الخاصية تشكّل ركناً أساسياً وجوهرياً في كيان شركات المفاوضة، وتعني أن كل شريك هو ضامن لديون الشّركة بكل أمواله الخاصة، كما لو كانت ديوناً شخصيّة عليه[2]، إلا أن الدائن مُلزم بتوجيه (تنبيه بالأداء) إلى الشّركة أولاً ، قبل القيام على الشركاء (فصل 38 م.ت.)، ويحقّ لكل الشركاء القيام بأعمال الإدارة - ما لم يتّفقوا على خلاف ذلك - حتى لو كلّفوا شخصاً أجنبياً عن الشّركة بذلك، وهو ما نصّ عليه الفصل 31 م.ت.

يطلق على المتصرفين بشؤون الشّركة اسم المفوّضين Les gerants، ويحجر عليهم تولّي أمور شركة أخرى تمارس نفس النشاط التّجاري للشركة إلا بمقتضى إذن سنوي من الشركاء (فصل 35م.ت.).

وتكون تصرّفات المفوّضين مُلزمة للشركة إذا كانت في حدود صلاحياتهم، على أن يمضوا هذه التصرفات بالاسم الجماعي للشركة، وحتى لو كان إمضاؤهم في صالح أنفسهم ما لم يكن معاقدهم سيّء النيّة.

2 - شركة المقارضة البسيطة La société en commandite simple :

تعتبر شركة المقارضة البسيطة من أقدم الشركات ، ولا أدل على ذلك من وجود نصّ في قانون حمورابي يؤكّد على التعامل بها منذ ذلك العهد[3] ، كما

---

(1) - انظر، حكم ابتدائي تجاري عدد 1524 مؤرّخ في 16 نوفمبر 1974، قت. جويلية 1977، ص 71.

(2) - تع. مد. عدد 6829 مؤرّخ في 25 - 6 - 1970، ن.مح. تع. 1970 ، ص 115 .
- أيضاً ، قت. مارس 1971 ، ص 282.

(3) - جاء في قانون حمورابي النصّ التالي :«لو أعطى رجل رجلاً آخر فضة ، شراكة في تجارة، عليهما أن يقسما الأرباح أو الخسائر بينهما بشكل متناسب وأمام إله».
- البريشت فويتزي، مرجع سابق، ص 102.

عرفها الإغريق والرومان والعرب أيضاً[1].

ازدهرت شركات المقارضة في العصور الوسطى لاعتراف الكنيسة بشرعيّتها[2]، وقد تعرّضت مجلة الأحكام العدليّة بالفصول (من 1404 حتى1430) لشركة المقارضة، حيث جاء في الفصل 1413 منها:«المُضارب أمين، فرأس المال في يده في حكم الوديعة. أما من حيث تصرّفه في رأس المال فهو وكيل رب المال، وإذا ربح كان شريكاً فيه».

أيضاً لائحة القانون التّجاري التونسي لعام 1864 (والتي لم تصدرْ لظروف تاريخية) خصّصت ثمانية عشر فصلاً لشركة المقارضة[3]، أما الفصل 1195 م.إ.ع. فقد عَرّف القراض بكونه :«عقد يسلّم بموجبه شخص - وهو رب المال- مبلغاً معيناً من المال لشخص آخر وهو العامل ، على أن يلتزم هذا العامل بالتّجارة به باسمه وفي حق رب المال، على أن يكون له جزء معيّن شائع من الربح».

وبموجب المجلة التجاريّة اعتبرت شركة المقارضة البسيطة من الشركات التجاريّة بموضوعها (فصل 15)، فهي تكتسي الصبغة التجاريّة إذا كان موضوع نشاطها هو أحد الأنشطة المنصوص عليها في الفصل 2 من المجلة التجاريّة (عدا التأمين والبنوك والبورصة).

تتلاءم شركة المقارضة البسيطة مع الذين يرغبون تعاطي النشاط التّجاري مع تحديد مسؤوليتهم، ودون أن تكون لهم صفة التاجر وما يستتبع ذلك من مخاطر.

كما تلائم هذه الشركات المخترعين وذوي المواهب الخاصة، إذ يستطيعون الحصول على المال اللازم لاستغلال مخترعاتهم عن طريق مموّلين مقابل نسبة من الأرباح[4].

---

(1) - كان يطلق عليها شركة المضاربة عند أهل العراق (أي السفر بغرض التّجارة)، أما أهل الحجاز فاطلقوا عليها اسم شركة القراض (لأن صاحب المال يقطع قدراً من ماله ليسلّمه لتاجر على أن يقتسما الربح).

- حسن عبد الله الأمين، مرجع سابق، ص 13.

(2) - انظر ، محمد فريد العريني، مرجع سابق ، ج. 2 (الشركات التجاريّة)، ص 154.

(3) - نص الفصل 205 من اللائحة على أن «القراض دفع مالٍ ليد أخرى للعمل فيه بما يقتضي الربح ويسمى اخذ المال عاملاً».

(4) - محمد اسماعيل علم الدين، مرجع سابق، ص 185.

لقد عرفت هذه الشركات في الوقت الحاضر تقهقراً من حيث أهميتها، وخاصة بعد ظهور الشركات ذات المسؤولية المحدودة التي تجمع بين خصائص شركات الأشخاص وشركات الأموال.

وقد أبرزت المجلة التجاريّة التونسية الخصائص الأساسية لشركة المقارضة، إذ ينصّ الفصل 137 منها على أنّ : «شركة المقارضة التي تقوم بأعمالها تحت اسم جماعي تشمل فريقين من الشركاء -أولّهما- فريق الشركاء المقارضين بالعمل، الذين يجوز تكليفهم دون سواهم بالتصرف في إدارة أعمالها، وهم مسؤولون بصفتهم الشخصية وبوجه التضامن عن أداء ديون الشّركة -وثانيهما- فريق الشركاء المقارضين بالمال، الذين يقدمون المال ولا يلزم كل منهم إلا بنسبة ما قدّمه»[1].

تعتبر شركة المقارضة البسيطة من شركات الأشخاص، وتشابه شركة المفاوضة في الكثير من الأحكام، فهي تقوم على الاعتبار الشخصي، والحصص فيها غير قابلة للتداول (وبهذا تختلف عن شركات المقارضة بالأسهم التي لا يكون للاعتبار الشخصي فيها كبير الأهمية بل تبرز الأهمية للاعتبار المالي لأنها من شركات الأموال).

الحقيقة أن مركز الشّركاء متفاوت في شركات المقارضة[2] . ويمكن تقسيمهم إلى زمرتين :

- **الشّركاء المُقارضون بالعمل Les commanditès** : هم الشركاء المتضامنون في الشّركة، ويتمتّعون بنفس المركز القانوني للشركاء في شركة المفاوضة، وينفردون بحقّ التصرّف وإدارة أعمال الشّركة (فصل 140 م.ت.).

ويجب ألا يحتوي اسم الشّركة الجماعي إلا على اسماء المقارضين بالعمل من الشّركاء (فصل 139 م.ت.)، لأنّهم يمارسون التّجارة فعلياً ويكتسبون صفة التاجر القانونيّة . وينتج عن ذلك أنه لا يجوز لمن لا يتمتع بالأهليّة التجاريّة أن يكون شريكا مقارضاً بالعمل في شركات المقارضة (فصل 22 م.ت) ، لأن مسؤولية

---

(1) - تُطلق بعض التشريعات العربية على شركة المقارضة اسم شركة التوصية، كما هو الحال في القانون التّجاري السوري وقانون التجارة المصري .

(2) - انظر، عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص. 288 و 289 .

- أيضاً ، جلال وفاء محمدين، المبادئ العامة في القانون التّجاري والبحري، الدار الجامعية، بيروت، ط. 4، 1991، ص 135 وما بعد.

الشريك المقارض بالعمل مطلقة وتضامنيّة عن كامل ديون الشّركة، في حين أن القانون يحمي القصّر والمحجور عليهم من هذا النوع من المسؤوليّة.

- **الشركاء المقارضون بالمال Les commanditaires** : يتحدد المركز القانوني لهؤلاء الشركاء بمسؤوليتهم المحدودة عن ديون الشّركة، فمتى تقدم المقارض بالمال[1] بحصته في الشّركة أو تعهد بتقديمها، فإنّه لا يُلزم إلا في حدود ما قدّمه في رأس المال أو تعهد بتقديمه.

ولا تُدرج اسماء المقارضين بالمال في الاسم الجماعي للشركة، لذلك فهم لا يكتسبون صفة التاجر، لأن مسؤوليتهم ليست مطلقة ولا تضامنية. وبالتالي يمكن لمن لا يتمتّع بالأهليّة التجاريّة أن يكون مقارضاً بالمال في الشّركة (كالقُصّر أو من تتنافى مهنهم مع المهنة التجاريّة كالموظفين والمحامين...).

ولكن إذا تسامح الشريك المقارض بالمال بإدراج اسمه في الاسم الجماعي للشركة، فإنه يتحمّل المسؤوليّة تجاه المتعاملين مع الشّركة حسني النية، ويعامل معاملة المقارض بالمال (فصل 139 / 2 م.ت.)[2].

كما لا يمكن للمُقارض بالمال أن يتدخّل في إدارة أعمال الشّركة، وإلا أصبحت مسؤوليته تضامنيّة مع المقارضين بالعمل بالنسبة للتعهّدات الناشئة عن تصرّفه، ولكن يحقّ له مراقبة تصرفات المديرين وإسداء النصح وإبداء الآراء لهم، كما يمنح لهم الترخيص في إجراء بعض الأعمال التي تتجاوز حدود وكالتهم وصلاحياتهم (فصل 141 م.ت.).

تخضع شركات المقارضة البسيطة لقواعد التأسيس والإشهار المطلوبة في شركات المفاوضة (فصل 142 م.ت.)، فكلاهما شركات مُعدّة للظهور في التعامل باسم جماعي وتتمتّع بالشخصيّة المعنويّة.

وإلى جانب الشركات المُعلنة يوجد نوع آخر من الشركات التجاريّة بموضوعها، مُتخفيّة لا تظهر في التعامل مع الغير،وهي ما تُعرف باسم شركات المحاصة.

---

(1) - يُطلق على المقارض بالمال أحياناً مُقدّم الأموال Bailleur de fonds أو مُقرض الأموال Breteur d'argents.

- ماجدة العبيدي، مرجع سابق، ص 27.

(2) - خير الدين الآجري، الشركات التجاريّة بين القوانين والجباية (جزءان)، مطبعة فنّ والوان، تونس، (طبعة غير مؤرّخة) ج.2، ص 207 و 208.

ب - الشّركة المستترة (شركة المحاصة) Société en participation :

تعتبر هذه الشّركة من شركات الأشخاص وتقوم على الاعتبار الشخصي ، وهي من أبسط أنواع الشركات وأكثرها شيوعاً في الأوساط الشعبيّة خاصة[1].

1- خصوصيّة شركة المحاصة :

لم يعرّف المشرّع التونسي شركة المحاصة ولكن يمكن التعرّف على خصائصها من فصول المجلّة التجاريّة . إذ ينصّ الفصل 42 مثلاً على أنّه «تتميز شركة المحاصة عن الشركات التجاريّة الأخرى بأن ليس لها وجود إلا فيما بين المتعاقدين، وبأنّها غير معدّة لأن تكون معلومة من غيرهم».

وبناء عليه يمكن إبراز خصائص هذه الشّركة[2] من خلال صفتين أساسيتين هما :

- إنها شركة غير معدّة للظهور في التعامل مع الغير: فهي مستترة بطبيعتها[3] (ويقصد الاستتار القانوني) ، فقد تكون الشّركة معروفة للغير ورغم ذلك تظل شركة محاصة طالما لم تظهر بصفة قانونية أمامه[4].

ويقتصر وجود الشّركة بين الشركاء فقط، وتقوم كعقد بينهم إذا توفرت الشروط الموضوعيّة العامة للعقود (كالأهليّة[5] والمحل والسبب)، وأيضاً الشروط الموضوعيّة الخاصّة بالشركات (كتقديم الحصة وتعدد الشركاء ونية الاشتراك وغير ذلك...)، إلا أنها معفاة من الشروط الشكلية المطلوبة في الشركات التجاريّة كالكتب (فصل 16 م.ت) والإشهار (فصل 45 م.ت).

---

(1) - انظر ، شكري أحمد السباعي، مرجع سابق، ج. 5، ص 439.

(2) - انظر ، ماجد محمود الياسين ، شركة المحاصة في قانون الشركات الأردني ، رسالة قُدّمت استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير، كليّة الدراسات العليا ، الجامعة الأردنية ، 1996 ، ص 59 وما بعد.

(3) - N. MEZGHANI, Op. Cit., vol. 2 (les société commerciales), p. 40.
- Cf., Yves CHARTIER, Remarques sur la société en participation, R.T.D. Com. 1979, p. 636 et suiv.

(4) - عبد الحكم فودة، مرجع سابق، ج. 1 (شركات الأشخاص)، ص 176.

(5) - الأهلية المطلوبة للشركاء في شركات المحاصة هي الأهليّة المدنيّة اللاّزمة لإجراء التصرفات عموماً (باستثناء مدير المحاصة الذي يجب فيه توفر الأهليّة التجاريّة)، فيحقّ مثلاً للقاصر (بواسطة وليّه) أن يكون شريكاً في شركة المحاصة.
- انظر، تع. مد. عدد 2831 تاريخ 30 أفريل 1981، ن مح. تع. 1981، ج. 1، ص 219.

ويجوز إثبات شركة المحاصة بجميع الوسائل الممكنة، إذ جاء في قرار تعقيبي أنه :«ليس لشركة المحاصة وجود إلا فيما بين المتعاقدين، وهي غير مُعدّة لأن تكون معلومة من غيرهم، ولذلك يمكن إثباتها بجميع الوسائل الجائزة في المادة التجاريّة (حسب الفصول 42 وما بعده) من المجلة التجاريّة...»[1].

يُطلق على من يدير الشّركة ويظهر في مواجهة الغير اسم مدير المحاصة، وإذا تعدد الشركاء الذين يمارسون التّجارة لحساب الشّركة، فلا يكون للغير أي رابطة قانونيّة إلا بالشّريك الذي تعاقدوا معه (فصل 46 / 1 م.ت.)، وبموجب نفس الفصل في فقرته الثانية يمكن للقاضي اعتبار الشركاء الذين تنكشف صفتهم للغير كشركاء في شركة مفاوضة[2].

مبدئياً تبقى شركة المحاصة على حالها، إلا إذا انكشف كل الشركاء فيها، إذ يمكن قبول فكرة انقلابها الى شركة مفاوضة فعليّة[3]، ما لم يكن بين الشركاء قُصّراً غير مرشّدين، حيث يمكن قبول انقلاب الشّركة الى شركة مقارضة بسيطة، لأن القاصر ليس له صفة التاجر ولا يمكن معاملته إلا كشريك مقارض بالمال[4].

- شركة المحاصة ليس لها شخصيّة اعتباريّة : تنفرد شركة المحاصة عمّا سواها من الشركات التجاريّة بأنها لا تتمتع بشخصية قانونية مستقلّة عن شخصية الشركاء فيها[5]، هذا ما جاء به الفصل 14 من المجلة التجاريّة، الذي ينصّ على أنّ : «كل شركة - ما عدا شركة المحاصة - لها الشخصية المدنيّة»[6].

---

(1) - تع. مد. عدد 27168 مؤرّخ في 24 أكتوبر 1990، ن.مح. تع. 1990، ص 125.
- انظر بنفس المعنى ، تع. مد. عدد 27040 تاريخ 18 أكتوبر 1990 ، ن. مح. تع. 1990 ، ص 131.
- أيضاً ، تع. مد. عدد 19236 مؤرّخ في 16 نوفمبر 1988، قت. أكتوبر 1990، ص 98.

(2) - انظر، حكم استئنافي عدد 2727 مؤرّخ في 10 - 12 - 1970، قت. مارس 1971 ، ص 57.

(3) - انظر، حكم ابتدائي تجاري عدد 119 مؤرّخ في 28 - 7 - 1964 ، قت. عدد 2، 3، 4، 5 لسنة 1965، ص 47.
- أيضاً، تع. إداري عدد 188 مؤرّخ في 10 - 6 - 1983، ن. مح. تع. 1983 ج.2، ص 342.

(4) - انظر، بحثنا «قيام صفة التاجر في التشريع التونسي»، مرجع سابق، ص 115.

(5) - انظر، هشام فرعون، مرجع سابق، ج. 1، ص 260.

(6) - جاء في قرار استئنافي أن :«شركة المحاصصة تختلف عن سائر الشركات الأخرى من ناحية جوهرية، وهي أنها مجرّدة من الشخصية المدنيّة، ولذا فلا يمكن القيام على الشّركة بصفتها ذات معنوية...».
- حكم استئنافي مدني عدد 27366 مؤرّخ في 28 - 2 - 1968، قت. عدد 6 ، 7 لسنة 1969 ، ص 131.

يترتّب على ذلك عدة نتائج أهمّها : عدم وجود اسم جماعي أو تسمية تجاريّة تظهر الشّركة بها للتعامل، فالشركاء - وحتى مدير المحاصة - يتعاملون مع الغير باسمهم الشّخصي[1].

وأيضاً عدم وجود مقر اجتماعي للشركة، حتى لو اتّفق الشركاء على مقرّ يجتمعون فيه فلا يكون له صفة المقرّ القانوني.

كما تفتقر شركات المحاصة للذمّة الماليّة المستقلة عن ذمم الشركاء.

يُمكن أن تؤسس شركة المحاصة للقيام بعملية أو عدّة عمليات محدّدة، وهو ما يحدث غالباً، حتى إن البعض يرى أن ما يُميّز شركة المحاصة هي أنها شركة مؤقتة، إلا أنّه لايوجد مايمنع أن تؤسّس شركة محاصة للقيام بنشاط تجاري على وجه الاستمرار[2]، وفي هذه الحالة فقط يمكننا القول بوجود مؤسسة entreprise، لأن شرط الاستمراريّة ضروري وأساسي لقيام المؤسّسة.

2 - تجاريّة شركة المحاصة :

ككل شركات الأشخاص تتحدّد الصبغة التجاريّة لشركة المحاصة بموضوع نشاطها الرئيس، فتكون تجاريّة إذا كان نشاطها يتعلق بأحد المواضيع المنصوص عليها في الفصل 2 م.ت. (عدا أعمال التأمين والبنوك والبورصة).

وبهذا تكون لها الصفة التجاريّة وتخضع للقانون التّجاري (فصل 15) م.ت.

أمّا إذا تعلّق نشاطها بغير ذلك من أعمال فإنها تبقى شركات مدنية. وقد جاء في قرار تعقيبي سوري مؤرّخ في 23 فيفري 1976 : «إن شركة المحاصة قد تكون تجاريّة وقد تكون مدنيّة وذلك تبعاً للعمل الذي تألّفت من أجله...»[3].

المُلاحظ أن شركة المحاصة ، رغم القول بأنها شركة تجاريّة بموضوعها، إلا أنّ ملامحها لا تظهر إلا في حال النزاع بين الشركاء أو مع الغير ، لانعدام

---

(1) - جاء في قرار استئنافي صادر عن الدائرة الرابعة بتونس أنه :«وحيث أن ما وقع ابرامه بين مورث المستانف ضدهم والمستانف هو من قبيل شركة المحاصة والتي تتميز مثلما ورد بالفصل 42 م.ت. بعدم ظهورها في مظهر الشّركة، وهذا ما يفسر أن كل الوثائق المعروضة بالملف جاءت كلها باسم المستانف، وهذه نتيجة منطقيّة باعتبار أن شركة المحاصة لا تتمتع بأيّ وجود بالنسبة للغير...».

- حكم استئنافي عدد 6886 مؤرّخ في 1 - 12 - 1993 (غير منشور).

(2) - انظر، مصطفى كمال طه، القانون التّجاري (المصري) ، مرجع سابق، ج. 1 ، 1990، ص 237.

(3) - قرار صادر عن محكمة النقض السورية تحت عدد 164 مؤرّخ في 23 فيفري (شباط) 1976.

- مجلة القانون عدد 3 لعام 1976 ، ص 307.

شخصيتها أو في حال انقلابها إمّا إلى شركة مفاوضة (كما في حالة انكشاف صفة الشركاء جميعهم) أو إلى شركة مقارضة بسيطة (في حال وجود شريك قاصر غير مرشّد آلت إليه الحصة في الشّركة بالإرث).

إلا أنّ الشركات لا تكتسب تجاريّتها بموضوعها فقط، بل في بعض الحالات تكون تجاريّة بمجرد اتخاذها شكلاً معيناً.

ثانياً - الشركات التجاريّة بشكلها :

نظراً للدور الذي تلعبه بعض الشّركات في الحياة الاقتصاديّة ولخصوصيتها، أبدى المشرّع التونسي عناية خاصة بها وأعطاها الصفة التجاريّة بصورة مطلقة للحثّ على الاشتراك فيها، وذلك في إطار سياسة استقطاب رؤوس الأموال واستثمارها في مناخ ملائم مُحاط بضمانات كثيرة ورقابة شديدة، وهو ماصرّحت به الفقرة الأولى من الفصل 15 م.ت الذي ينصّ على أنه : «تثبت صفة التاجر :

1- للشركات المساهمة وللشركات ذات المسؤوليّة المحدودة...».

وهذا يعني أن جميع الشركات التي يكون رأسمالها مؤلفاً من أسهم Actions ، وهي ما تُسمى بشركات المساهمة(أ) بالاضافة إلى الشركات محدودة المسؤوليّة (ب) تعدّ شركات تجاريّة حتى لو كانت تزاول نشاطاً مدنياً، فهي شركات تجاريّة بشكلها وتكتسب الصفة التجاريّة بقطع النظر عن موضوعها.

أ - شركات المُساهَمة Sociétés par actions :

يُطلق على هذه الشركات أيضاً اسم شركات الأموال Sociétés de capitaux، لأن الاعتبار المالي هو الأكثر أهمية[1]، وقد وصف الأستاذ علي البارودي هذه الشركات بأنها :«شركات تَزِنُ الشريك بمقدار ما يقدّم لها من رأس المال، ولا تعنى بعد ذلك بشخصه أياً كان، لذلك يقول عنها الأستاذ الفرنسي ريبير أنّها : (طريقة لتجميع رؤوس الأموال اللازمة لخلق وتسيير المشروعات الضخمة)»[2].

---

(1) - انظر ، مصطفى كمال طه، القانون التّجاري (شركات الأموال)، مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية، 1982، ص 3 و4.

(2) - علي البارودي، القانون التّجاري ، مرجع سابق، ص 223.

- انظر ، جلال وفاء محمدين، المبادئ العامة في شركات الأموال، الدار الجامعية، بيروت، 1987، ص 5.

وأهمّ ما يميّز هذه الشّركات هو تقسيم رأسمالها إلى أسهم قابلة للتداول بالطرق التجاريّة وهي نوعان :

- شركات خفية الاسم Société anonyme.
- شركات المقارضة بالأسهم Société en commandite par action[1].

ولأن شركات المقارضة بالأسهم[2] تشترك في جُلّ أحكامها مع شركات المقارضة البسيطة، يكفي بيان أنّ ما يميّز شركة المقارضة بالأسهم عن نظيرتها البسيطة، بأن رأسمالها مكوّن من أسهم ولا يكون على شكل حصص، ويخضع الشريك المقارض بالمال للنظام القانوني المنطبق على المساهم في شركات خفيّة الاسم (فصل 143 م.ت.)[3] ، كما نصّ الفصل 145 م.ت. على أنّه «تنطبق على شركات المقارضة بالأسهم قواعد الإشهار والتأسيس وسير الأعمال المختصّة بالشركات خفيّة الاسم».

ويمكن اعتبار أن الفرق الجوهري هو أن شركات المقارضة البسيطة هي من شركات الأشخاص، وشركات المقارضة بالأسهم هي من شركات الأموال، والأولى تكون تجاريّة بموضوعها، في حين أن الثانية تكون تجاريّة بشكلها مهما كان موضوعها (الفصلان 15 و 144م.ت.).

يمكن استنتاج الحدّ الأدنى لعدد الشركاء في شركات المقارضة بالأسهم من الفصل 147 م.ت. الذي أوجب ألاّ يقل عدد المراقبين عن ثلاثة أشخاص، بشرط ألاّ يكونوا من المقارضين بالعمل[4] ، فيكون الحدّ الأدنى هو أربعة شركاء أحدهم على الأقل مقارض بالعمل.

بعد هذا العرض السريع لخصائص النوع الأول من شركات المساهمة (المقارضة بالأسهم) ، يتوجّب التركيز على النوع الأهم بين الشركات وهي

---

(1) - انظر، إدوار عيد، الشركات التجاريّة، مرجع سابق، ج. 2 (شركات المساهمة)، 1970، ص 7.

(2) - يعلّق الأستاذ نوّاف الرومي على شركات المقارضة بالأسهم بكونها لا توفّر الحماية الكبيرة للمساهمين ولا تصلح للمشاريع الكبرى لأن أسهمها لا تطرح للاكتتاب العام، ولذا يَعتبر أنها بدأت تضمحل بسبب هذه العيوب.

- انظر ، نوّاف الرومي، مرجع سابق، ص 66.

- انظر، عيسى عبده ابراهيم، شركات الأموال (دراسة عمليّة)، الناشر وعاصمة النشر غير معروفين، المجلد الثالث، ط. 1، 1958، ص (ب+ج).

- انظر أيضاً، كارم الجوّة، من أجل شركات الأموال بتونس، قت. فيفري 1994 ، ص 77.

(3) - أما المُقارض بالعمل فيخضع للنظام القانوني للشركاء في شركات المفاوضة (فصل 140 م.ت.)، سواء كانت الشّركة مقارضة بسيطة أم بالأسهم.

(4) - انظر، خير الدين الأجري، الشركات التجاريّة بين القوانين والجباية، مرجع سابق، ص 214.

الشركات خفيّة الاسم[1] ، فنبدأ بالتعرّف على صبغتها التجاريّة، ثم نعرّج إلى دراسة الأنشطة التي فرض المشرّع ممارستها في إطار هذا النوع من الشركات حصراً.

1 - الصبغة التجاريّة للشركات خفيّة الاسم :

تُعتبر الشّركة خفيّة الاسم المثال النموذجي لشركات الأموال، نظّمها المشرّع التونسي في المجلة التجاريّة وخصوصاً بالفصول من 48 إلى 136 ، وقد أطلقت عليها تسميتها لأن المساهمين فيها غير معروفين بالنسبة للغير، وليس لها اسم جماعي Raison sociale (وإن كان لها تسميّة Dénomination فهي مستمدة من غرض الشّركة ولا تحتوي على أسماء الشركاء)[2].

وقد عرّف الفصل 48 م.ت. الشّركة خفيّة الاسم بكونها : «شركة عارية من الاسم الجماعي، يؤلفها سبعة أشخاص على الأقل[3] يكتتبون بأسْهُم - أي سندات قابلة للتداول - ولا يكونون مُلزمين بما عليها من ديون إلا بقدر ما ساهموا به من المال. وكل شركة خفيّةالاسم أيّاً كان موضوعها تخضع لقوانين التّجارة وأصولها العرفيّة».

المُلاحظ أن هذا الفصل يؤكّد محتوى الفصل 15 م.ت. ويدعّم الصبغة التجاريّة المطلقة للشركة خفيّة الاسم دون النظر الى موضوعها. هذا يعني أن كل شركة خفية الاسم هي تجاريّة بشكلها وتكتسب صفة التاجر قانوناً. وبالتالي تنعكس الصبغة التجاريّة على نشاطها بقطع النظر عن طبيعته، وهذا ما أكّده القرار التعقيبي الصادر بتاريخ 24 - 11 - 1983 الذي جاء فيه أنّه :«اقتضى الفصل 15 من المجلة التجاريّة أن جميع الأعمال الصادرة عن الشركات خفيّة الاسم تعتبر تجاريّة بصرف النظر عن طبيعة تلك الأعمال...»[4].

---

(1) - انظر، عبد الحكم فودة ، مرجع سابق، ج. 3 (شركات الأموال والعقود التجاريّة في ضوء قضاء النقض)، 1995، ص 21.

(2) - علي حسن يونس،مرجع سابق، ج. 4 (الشركات التجاريّة) المجلّد الثاني، 1973، ص13و 14.

(3) - خلافاً للمبدأ العام في الشركات، نلاحظ أن المشرّع اشترط سبعة أشخاص كحدّ أدنى لعدد الشركاء، وإذا انخفض العدد عن سبعة فيجب تلافي ذلك النقص خلال عام (فصل 136 م.ت.).

(4) - تع. مد. عدد 243 مؤرّخ في 24 - 11 - 1983، ن.مح.تع. 1983 ، ج. 2، ص 339.
- انظر بنفس المعنى ، تع. اداري عدد 121 مؤرّخ في 31 ديسمبر 1981، مجموعة قرارات المحكمة الإداريّة التونسيّة لسنة 1981 ، الشّركة التونسيّة للتوزيع، تونس، ص 466 وما.
(أيضاً، ن.مح.تع. 1982، ج. 4، ص 385).
- انظر، جويدة ڤيڤة ، الشركات بين تازم أوضاعها وانفراجها، دار الميزان للنشر ، سوسة، ط. 1، 1996، ص 155.

الحقيقة إن هناك توجّهاً للمشرّع التونسي في توسيع نطاق أنشطة الشركات خفيّة الاسم، حتى في الميادين التي استبعدها صراحة من نطاق القانون التّجاري كالنشاط الفلاحي مثلاً، من ذلك ما جاء بالفصل الأول من القانون عدد 43 لعام 1989[1] الذي ينص على أنّه :«يمكن للشركات خفيّة الاسم ممارسة الأنشطة الفلاحيّة حسب الشروط التي يضبطها هذا القانون».

إلا أنّ المشرّع تشدّد في شروط هذه الممارسة[2] ، بحيث تكون الشّركة باطلة إذا لم تلتزم بهذه الشروط، وهو ما ينصّ عليه الفصل 7 من نفس القانون. وقد يكون لهذا التشدّد ما يبرّره، حيث لا تزال البلاد التونسية تعاني من مخلّفات الظروف التاريخيّة، وخاصة فترة الاستعمار الفرنسي، فحتى الآن تقوم المشاكل العقاريّة حول الأراضي والعقارات التي يملكها الأجانب في تونس[3].

ويعتبر توجّه المشرّع التّونسي نحو تقرير تجاريّة النشاط الفلاحي الذي يتمّ من خلال شركات خفيّة الاسم خطوة إيجابية كبيرة متماشية مع التطورات الاقتصاديّة، وأيضاً يعدّ تطوراً في مفهوم التّجارة.

والشركات خفيّة الاسم لا تكتسب صفتها التجاريّة بصورة قانونية إلاّ إذا تمّ تأسيسها واستكملت شروطها الجوهريّة والشكلية، وهي اجراءات معقدّة وكثيرة (الفصول من 48 حتى 61) م.ت. ، وتعتبر الشّركة باطلة إذا لم تراع هذه الاجراءات (إلا أن الشركاء لا يمكنهم الاحتجاج بهذا البطلان تجاه الغير)، وهذا ما جاء به الفصل 62 م.ت.

---

(1) – القانون عدد 43 مؤرّخ في 8 مارس 1989 (متعلّق بشروط ممارسة الأنشطة الفلاحية من طرف الشركات خفيّة الاسم)، رائد رسمي. عدد 20 مؤرّخ في 21 مارس 1989، ص 452.

(2) – حدد الفصل 3 من القانون 43 المذكور أعلاه طرق ممارسة النشاط الفلاحي بطريقتين :

الأولى : كراء الأراضي حسب شروط مجلة الاستثمارات الفلاحية والصيد البحري لعام 1988 .

الثانية : عن طريق المُلكية بشروط حددها الفصلان 4 و 5 من نفس القانون وأهمها :

- أن تكون جنسية الشّركة تونسية
- أن يكون كامل راسمالها مكوّن من أسهم اسمية يمسكها أشخاص ماديّون يحملون الجنسيّة التونسية.
- عدم جواز تقسيم أراضي الشّركة حتى عند انحلالها (عدا حالة الانتزاع للمصلحة العامة) إلا بترخيص استثنائي من وزير الفلاحة (فصل 6 من القانون).

– انظر ، حسن المنّي، الجنسية في القانون التونسي، الشّركة التونسية للتوزيع، تونس، 1971، ص 110.

(3) – انظر ، محمد كمال شرف الدين، التطور التاريخي للنظام العقاري التونسي (التسجيل والإشهار)، قت. نوفمبر 1987، ص 21.

ونظراً لمكانة هذه الشركات يتعين استعراض أهم مراحل التأسيس[1] المفروضة على مؤسسي الشّركة خفية الاسم، والتي تتم على النحو التالي :

- إعداد مشروع القانون الأساسي للشركة وإمضاؤه من طرف المؤسسين (فصل 50 م.ت.) ثم ايداعه بكتابة المحكمة الإبتدائية التي يقع بدائرتها مقرّ الشّركة.

- النشر بالرائد الرسمي بالنسبة لوثيقة الشركات التي تطرح أسهماً أوسندات للعموم (وتحتوي الوثيقة شروط الاكتتاب وبيانات كثيرة عدّدها الفصل 188 م.ت،).

- دعوة العموم للاكتتاب بوسائل الإشهار القانونية (كالمناشير والإعلان بالصحف).

- الاكتتاب بكامل رأس مال الشّركة (فصل 49 م.ت) وإلا كانت الشّركة باطلة مبدئياً (مالم يتفق المؤسسون على تخفيض رأس المال الى حدود المبلغ المكتتب به، ولكن ذلك لا يتم إلا بالاجماع[2] .

ويتم الاكتتاب بموجب بطاقة اكتتاب موقّع عليها من المكتتب أو وكيله، وتتضمن بعض البيانات الضروريّة (فصل 51 م.ت).

يتوجّب على المكتتب الوفاء بربع قيمة الأسهم التي اكتتب بها على الأقل (فصل 49 م.ت.)، باستثناء الأسهم المعطاة مقابل حصص عينية فيتوجب الوفاء بقيمتها كاملة عند التأسيس (فصل 57 م.ت)، وتبقى الأسهم اسمية حتى تاريخ تسديد قيمتها، خلال خمسة سنوات من تاريخ التأسيس النهائي للشركة[3].

- اشهار الشّركة حسب التسلسل المعتمد في جميع الشركات التجاريّة (كالتسجيل في السجل التّجاري والنشر في الرائد الرسمي كما رأينا سابقاً).

- في حال فشل تكوين الشّركة في أجل عام من تاريخ إيداع القانون الأساسي للشركة بكتابة المحكمة (وهو أول إجراء لتأسيس الشّركة) فإنّ المبالغ المقبوضة ترّد إلى المكتتبين.

---

(1) - Cf., Yves GUYON, La société anonyme, Dalloz , Paris, 1994, p. 9 et suiv.
- Gabriel GUERY, Droit des affaires, CLET, Paris, 2è. éd., 1985, p. 679 et suiv.

(2) - Cf., N. MEZGHANI , Op. Cit. vol. 2 (Les sociétés commerciales), p. 156.

(3) - بالنسبة لأسهم الشركات المهنية للمحامين خفيّة الاسم فهي اسمية دائماً وغير قابلة للتداول بالسوق المالية، وهو ما نص عليه الفصل 10 من القانون عدد 65 لسنة 1998.

ويتكون رأسمال الشّركة خفيّة الاسم من أسهم متساوية القيمة وقابلة للتداول(فصل 48 م.ت)[1] ، وبهذا يختلف عن رأسمال شركات الأشخاص الذي يتكون من حصص، ويفرض المشرع التونسي ألا تقل قيمة السهم الواحد عن خمسة دنانير (فصل 49 م.ت.).

هذا يعني أنّه يمكن تكوين شركة خفيّة الاسم برأسمال مقداره 35 ديناراً (باعتبار أن الحدّ الأدنى لعدد المؤسسين هو سبعة أشخاص)[2]. وهذا المبلغ زهيد جداً لا يتناسب مع أهمية الشركات خفيّة الاسم.

وحبّذا لو أن المشرع أعاد النظر في الحدّ الأدنى لرأسمال الشركات خفيّة الاسم[3]. علماً وأنّه فعل ذلك بالنسبة لبعض المهن، حيث فرض مزاولتها من خلال شركات خفيّة الاسم التي لابد من التعرّف عليها،ولكن قبل ذلك يمكن التعرض لوضعية مسيري الشّركة خفية الاسم والخصوصيّة الممنوحة للرئيس المديرالعام[4].

إنّ الاكتتاب بالشّركة خفية الاسم لا يضفي صفة التاجر، لأن المُساهم لايُلزَم إلا بمقدار ما ساهم به من مال[5].

إلا أنّ المشرّع خصّ صفة التّاجر استثناءً للرئيس المدير العام (فصل 73 م.ت) رغم أنه مجرّد وكيل فحسب، وهذا ما أكده القرار التعقيبي الصادر في 28 أفريل 1971، إذ جاء فيه أن :«وكلاء ومديرو الشركات ليست لهم صفة التاجر، وجميع العقود المبرمة من طرفهم ليست هي إلا باسم وفي حق الشركات التي يمثلونها، إذ هي التّاجر الوحيد في نظر المجلة التجاريّة ... أما رؤوساء مجالس إدارة الشركات خفيّة الاسم فيعتبرون تجاراً طبقا للفصل 73 من المجلة التجاريّة...»[6].

---

(1) – جاء في قرار تعقيبي : «إن أسهم الشركات خفية الاسم تكون قابلة للتداول بصفة حرة من شخص لآخر بالطرق التّجارية بوصفها بضاعة خاضعة لقانون العرض والطلب... والتداول لا يجوز الغاؤه في نظام الشركات خفيّة الاسم وإلاّ فقدت طبيعتها كشركة أموال...».

– تع. مد. عدد 15279 مؤرّخ في 12 مارس 1987 ن. مح. تع. 1987 ، ج. 1، ص 190.

(2) – انظر ، كارم الجوّة، مقالة سابقة ، ص 80 و 81.

(3) – في فرنسا يشترط ألاّ يقل رأسمال الشركات خفيّة الاسم عن 1,5 مليون فرنك، وفي سوريا 50 ألف ليرة سورية وفي الجزائر 300 ألف دينار جزائري.

– انظر، أحمد شكري السباعي، مرجع سابق، ج. 6، ط. 1993، ص 22.

(4) - Cf. , Taoufik BEN NASR, Le président directeur général dans la société anonyme , mémoire D.E.S. , Fac. Dr. Scien. Pol. Econ . , Tunis , 1979 , p. 14 et suiv.

(5) – انظر ، تع. مد.16805 مؤرّخ في 12 أفريل 1989، ن. مح. تع. 1989، ص 168.

(6) – تع. جز. عدد 6909 مؤرّخ في 28 أفريل 1971، قت. مارس 1972، ص 47.

هذه الخصوصيّة للمدير العام للشركة خفيّة الاسم، فرضها حرص المشرّع على حماية المساهمين والمتعاملين مع هذا النّوع الهامّ من الشركات[1].

وتتعدّد هيئات إدارة الشركات خفيّة الاسم وأهمّها :

- مجلس الإدارة : ينتخب أعضاؤه من المساهمين وعددهم 3 - 12 عضواً (فصل 70 م.ت)[2].

- الجمعيّة العامة للمساهمين : هي الهيئة العليا في الشّركة ومصدر السلطة، وهي التي تنتخب أعضاء مجلس الإدارة[3].

- مراقب الحسابات : تعينه الجمعية العموميّة ومهمته مراقبة ومراجعة دفاتر وأوراق الشّركة (فصل 83 م.ت)[4].

تظهر الشّركة خفيّة الاسم في التعامل باسمها التّجاري، ويجب أن تذكر عبارة (خفيّة الاسم) في تسميتها وكل أوراقها[5].

2 - الأنشطة المحصورة بالشركات خفيّة الاسم :

فرض المشرّع التونسي على بعض المهن التجاريّة أن تمارس نشاطها من خلال شركات خفيّة الاسم، وذلك لأهمية هذه الأنشطة في تحريك الحياة الاقتصادية وعدم قدرة الأشكال الأخرى من الشركات على القيام بهذه الأنشطة بالصورة المناسبة.

---

(1) - انظر، بحثنا سابق الذكر (قيام صفة التاجر في التشريع التونسي)، ص 124 ، 125 .

(2) -جاء في فر. تع. أن : « مجلس الإدارة له وحده حق التصرف في شؤون الشّركة دون سواه، وهو الذي يعين رئيسها ليتولى إدارة الشّركة كما يمكن له إقصاؤه في كل وقت...».

- تع. مد. عدد 11333 مؤرّخ في 14 جانفي 1985، ن. مح. تع. 1985، ج. 1، ص 109.

(3) - انظر، خير الدين الأجري، الشركات التجاريّة بين القانون والجباية، مرجع سابق، ص 89.

- أيضاً، حكم مدني ابتدائي عدد 134 مؤرّخ في 30 جويلية 1973 ، قت. عدد 1 - 2 لسنة 1974، ص 70.

- Cf., Taoufik BEN NASR, Le contrôle du fonctionnement des sociétés anonoymes, Editions 2000, Tunis, 1er éd. , 1994, p. 220 et suiv.

(4) - انظر، فرحات التومي ، مراقب الحسابات وجريمة الفصل 85 من المجلة التجاريّة، قت. أفريل 1997، ص 67 وماب.

(5) - أوجب الفصل 184 م.ت. أن تظهر تسمية الشّركة على كل الوثائق والأوراق الصادرة عنها، مع التنصيص على مقدار رأسمالها وبيان مكان تسجيلها بالسجل التّجاري وعدده.

A ـ البنوك : تلعب البنوك دوراً هاماً في تنمية الإقتصاد الوطني[1]، ويرى الأستاذ البارودي أنه «ليس من السهل وضع تعريف للبنك يجمع أوجه نشاطه التي يقوم بها، فهي شديدة التنوّع والاختلاف، شديدة القابلية للتشكل والتطور. إلا أن البنك في فكرته الأولى تاجرُ نقود...»[2].

وهناك نظامان رئيسان للبنوك : الأول يسمى البنوك ذات الفروع المتعدّدة، ويسود خصوصاً في انكلترا والدول التي اقتبست عنها. والثاني منتشر بشكل خاص بالولايات المتّحدة الأمريكية ويسمى نظام البنوك الموحّدة[3].

المشرّع التّونسي نظّم مهنة البنوك بالقانون عدد 51 لعام 1967، الذي نصّ في فصله الثاني بعد تنقيحه بالقانون عدد 12 المؤرّخ في 26 فيفري 1975 واتمامه بالقانون عدد 25 لسنة 1994[4] على أنّه :«يعتبر كبنوك ويخضع بموجب ذلك للمصادقة طبقاً لما جاء به هذا القانون كل المؤسّسات التي تتعاطى العمليات التالية بصفة نشاط عادي :

- قبول الودائع من العموم كيف كانت مدّتها أو شكلها
- منح القروض بجميع أشكالها
- القيام كوسيط بعمليات البورصة أو الصرف
- القيام لفائدة الحرفاء المودعين بدفع أو استخلاص الصكوك والأوراق التجاريّة والقصاصات أو كلّ سند دفع أو دين آخر.

. إن ممارسة أيّة وظيفة من بين هاته الوظائف وحتى ولو أنها لا تبرّر وحدها تسمية بنك تعطى صفة المؤسّسة المالية، وتكون بذلك خاضعة للرخص المقرّرة بهذا القانون، ويمكن أن تنظم المؤسّسات المالية بأمر.

ويمكن للبنوك كذلك القيام بعمليات مرتبطة بنشاطها مثل الاستشارات والمساعدة في التصرف في الممتلكات وفي التصرّف المالي والهندسة المالية وبصفة عامة كل الخدمات التي تهدف إلى تسهيل بعث المؤسسات وتطويرها وإعادة هيكلتها».

---

(1) – انظر ، خير الدين الأجري، الجامع للقوانين الخاصة بعمليات البنوك ، مرجع سابق، ص 3و4 .

(2) – علي البارودي، العقود وعمليات البنوك التجاريّة، مرجع سابق، ص 245.

(3) انظر، محمد مظلوم حمدي، النقود وأعمال البنوك والتجارة الدُوليّة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1966، ص 43.

(4) – قانون عدد 25 مؤرّخ في 7 فيفري 1994، رائد رسمي. عدد 13 مؤرّخ في 15 فيفري 1994، ص 269.

كما نصّ الفصل 4 من نفس القانون على أصناف البنوك وهي ثلاثة :

- بنوك الإيداع
- بنوك التّمويل
- بنوك الأعمال [1]

يجب ألاّ يقلّ رأس مال بنوك الإيداع أو التمويل عن عشرة ملايين دينار تونسي وبنك الأعمال ثلاثة ملايين دينار(فصل 13 جديد من قانون مهنة البنوك).

ولا يمكن تعاطي المهنة البنكية إلا بعد الحصول على رخصة من وزير المالية، وذلك بعد استشارة المجلس القومي للقرض.

وباستثناء البنك المركزي[2] ، فإن المؤسّسات البنكية مُلزمة بأن تمارس نشاطها من خلال شركات خفيّة الاسم (فصل 12 من قانون تنظيم مهنة البنوك)، وبذلك أصبحت البنوك من جهة حكراً على هذا النوع من الشركات، ومن جهة أخرى فإنّ النشاط البنكي يكون له الصّبغة التجاريّة شكلاً (بالاستناد إلى الفصل 15 م.ت.).

B ـ مؤسّسات التامين : تنظمها مجلة التامين[3] ، التي دخلت حيز التّنفيذ منذ غرة جانفي 1993، وهي أيضاً من المهن الخاضعة للترخيص من وزير المالية (الفصل 50 من مجلّة التامين).

وقد اتّسع نطاق التّامين ليشمل في حياتنا المعاصرة معظم نشاط البشر[4].

---

(1) - Cf. , Yahya LASSOUED, La banque d'affaires, mémoire pour D.E.A., (Dr. priv.) , Fac. Dr. Scien. Pol., Tunis, 1997, p. 3 et suiv.

(2) – البنك المركزي التونسي هو مؤسسة عمومية. تم احداثه بالقانون عدد 90 مؤرّخ في 19 سبتمبر 1958.

(3) – صدرت بالقانون عدد 24 المؤرّخ في 9 مارس 1992، رائد رسمي. عدد 17 المؤرّخ في 17 مارس 1992، ص 318.

(4) – انظر، عبد القادر العطير، التامين البرّي في التشريع الأردني ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان ، ط. 1، 1995، ص 9 وماب.

– انظر، المنصف البكلي، التامين قانوناً وشريعة، قت. ديسمبر 1984 ، ص 11.

نصّ الفصل 53 من نفس المجلّة على أنّه : «يجب على مؤسّسات التأمين للحصول على الترخيص أن تكون خاضعة للتشريع التّونسي، وأن يتمّ انشاؤها في أحد الأشكال التّالية [1] :

- شركة خفيّة الاسم
- شركة ذات صبغة تعاونية
- صندوق تعاوني فلاحي مكوّن وفقاً للنصوص الخاصّة المنظّمة له»[2] .

وقد صرّح الفصل 55 من مجلّة التأمين أن شركات التأمين التعاونيّة هي مدنيّة، لأنّها لا تهدف الى الرّبح والمضاربة، أما بالنسبة للمؤسّسات التأمين التي تكون على شكل شركات خفيّة الاسم فهي شركات تجاريّة اعتماداً على الفصلين 15 و 2م.ت.

ويشترط في رأس مال شركات التأمين خفيّة الاسم ألا يقلّ عن ثلاثة ملايين دينار تونسي (الفصل 54 من مجلة التأمين)[3].

C= بورصة الأوراق المالية : أحدثت مؤسّسة عموميّة أطلق عليها بورصة الأوراق المالية بموجب الفصل 2 من القانون عدد 49 لسنة 1989[4] المتعلق بالسوق المالية. ولكن التوجّه إلى الخصخصة وتشجيع الاستثمار دفع

---

(1) - صدر قرار وزير المالية المورّخ في 2 جانفي 1993 لضبط قائمة أصناف التأمين، وهي تشمل: (تأمين السيارات - تأمين النقل - التأمين من الحريق والعوامل الطبيعيّة - تأمين البناء- تأمين المسؤولية المدنية العامّة - التأمين ضدّ البرد وهلاك الماشية - الأضرار الأخرى التي تلحق الممتلكات - تأمين القرض وتأمين الضمان - تأمين المساعدة - تأمين الرعاية القانونيّة - التأمين على الخسائر المالية - التأمين الجماعي - التأمين على الحياة وتكوين الأموال - التأمين على حوادث الشغل والأمراض المهنية - التأمين على الحوادث البدنية - إعادة التأمين) - (منشور بالرائد الرسمي. عدد 1 تاريخ 1 - 5 جانفي 1993، ص 47).

- انظر ، البشير زهرة ، التأمين على الأشخاص وتأمين الأشياء ، محاضرة (جزءان) ، قت. (نوفمبر 1967 ص 9) (ماي 1968، ص 10).

- أيضاً ، عامر بورورو ، الصلح في نزاعات التأمين الجوي، قت. جانفي 1997، ص 7.

- أيضاً ، محمد الحبيب الشريف، خصائص قانون التأمين البحري، قت. جويلية 1993، ص 7.

(2) - انظر ، البشير زهرة، التأمين البري، دار بوسلامة للطباعة والنشر والتوزيع ، تونس، 1975، ص 54 وما بعد.

(3) - أما صندوق المال المشترك لشركات التأمين ذات الصبغة التعاونيّة، فلا يجوز أن يقل عن خمسمائة ألف دينار (فصل 57) من مجلة التأمين.

(4) - انظر بحثنا «قيام صفة التاجر في التشريع التونسي»، مرجع سابق، ص 167 - 168.

المشرّع إلى إصدار القانون عدد 117 لسنة 1994 المتعلّق بإعادة تنظيم هذه السّوق[1] ، والذي ألغى القانون السابق وفرض على وسطاء البورصة تكوين شركة خفية الاسم لتسييرها ، إذ نصّ الفصل 63 من القانون الجديد على أنه: «على وسطاء البورصة تكوين شركة خفيّة الاسم يكون مهامها تسيير سوق الأوراق المالية ومقرّها بتونس العاصمة وتسمى «بورصة الأوراق المالية بتونس...»[2].

كما أحدثت بموجب الفصل 23 من القانون نفسه (هيئة السّوق المالية)[3] لتخطي نقائص القانون عدد 49 لسنة 1989 ، بالفصل بين سلطتي الرّقابة والتسيير داخل السوق المالية اللّتين كانتا بيد جهةٍ واحدة هي (هيئة البورصة)، فأصبحت سلطة الرقابة بيد الدولة والتسيير والتصرّف بيد وسطاء البورصة[4].

ب ـ **شركة الإيداع والمقاصة والتسوية** : أوجب المشرّع أيضاً على وسطاء البورصة تكوين شركة مهنيّة للإيداع والمقاصة والتسوية في شكل شركة خفيّة الاسم (فصل 77 من قانون تنظيم السّوق المالية الجديد)، تتولّى تلقي إيداعات الأوراق المالية بالإضافة الى توثيق الرّهون وغيرها من التحملات على الأوراق المودعة، وكذلك اجراء المقاصة وتسوية المعاملات المنجزة في البورصة.

إلا أنّ هذه الشّركة المهنية تختلف عن شركة البورصة في كونها غير محصورة بوسطاء البورصة، إذ يجوز لوزير المالية التّرخيص لغيرهم من المؤسسات بالمساهمة فيها (الفصل 77).

---

(1) – القانون عدد 117 المؤرّخ في 14 نوفمبر 1994، رائد رسمي، عدد 90 مؤرّخ في 15 نوفمبر 1994، ص 970.

– انظر عبد الستار الخويلدي، الوسيط لدى البورصة في القانون التونسي، مقالة سابقة، ص 35.

(2) – صدر التّرتيب العام لبورصة الأوراق المالية بقرار وزير المالية المؤرّخ في 13 فيفري 1997. الرائد الرسمي، عدد 15 المؤرّخ في 21 فيفري 1997، ص 281.

(3) – انظر، سامي بن فرحات ، التشريع الجديد للسوق المالية بالبلاد التونسية، مرجع سابق، ص 15 وماب.

(4) – توفيق بن نصر، مرجع سابق، ص 246 وماب.

- Cf., Hamadi SALEM, Le Banquier intermediaire en Bourse, mémoire D.E.A., Fac. Dr. Scien.Pol., Tunis, 1992 - 1993, p. 24 et suiv.

وقد تمّ إنشاء شركة الإيداع والمقاصة والتّسوية التونسية STICODEVAM[1] كشركة خفية الاسم برأسمال مقدّر بـ 150 مليون دينار مكتتبٌ به بالتساوي من طرف وسطاء البورصة[2].

ب - الشّركة ذات المسؤوليّة المحدودة
La société à responsabilité limitée[3]:

تكتسي هذه الشركات الصبغة التجاريّة بشكلها - مثل شركات المساهمة - وتتمتّع بخصائص مميزة :

1- خصائص الشّركة محدودة المسؤوليّة : إنّ الطبيعة القانونيّة لهذه الشّركة لها صبغة مزدوجة، إذ تحمل بعض صفات شركات الأشخاص وصفات أخرى من شركات المساهمة، مما أعطاها خصوصيّة ومميزات مُشجّعة، فهي تتقارب مع شركات الأشخاص لإرتكازها على الاعتبار الشخصي (فالشركاء عادة أقارب أوأصدقاء)، كما أنّ رأسمالها مقسّم الى حصص غير قابلة للتداول، ولا يمكن لها إصدار قيم منقولة عن طريق الاكتتاب العام، وتوكّل إدارة الشّركة الى وكيل أوأكثر (وليس لمجلس إدارة كما هو الحال في الشّركات خفيّة الاسم).

ومن جهة أخرى تتقارب الشّركة ذات المسؤوليّة المحدودة أيضاً مع الشّركات خفية الاسم في عدّة نواح، كالمسؤولية المحدودة للشركاء بمقدار حصصهم في رأسمال الشّركة، والخضوع لقاعدة الأغلبيّة بالنسبة للقرارات، والكثير من قواعد التسيير والإدارة [4].

---

(1) - Société Tunisienne Interprofessionnelle pour la compensation et la dépôt des valeurs mobilières.

(2) - توفيق بن نصر، مرجع سابق، ص 259.

(3) - عُرفت هذه الشّركة لأول مرة في ألمانيا منذ عام 1892 ، وانتقلت الى فرنسا ونظّمها قانون 7 مارس 1925 ، وعنه أخذ المشرّع التونسي أحكام هذه الشركات بالمجلة التجاريّة الصادرة سنة 1959.

- انظر ، ماجدة العبيدي، مرجع سابق، ص 49.
- انظر أيضاً، موفق حسن رضا، مرجع سابق، ص 28 وماب.
- أيضاً ، فوزي عطوي ، مرجع سابق، ص 425 وماب.

(4) - محمد الفخفاخ، الشّركة ذات المسؤوليّة المحدودة في القانون التونسي، التعاضديّة العماليّة للطباعة والنشر، صفاقس، 1993 ، ص 15 وماب.

- انظر، أكثم أمين الخولي، مرجع سابق ، ج.2 (الشركات التجاريّة)، ص 419 وماب.
- أيضاً، توفيق بن نصر، نفس المرجع، ص 515.

وتصلح الشّركة محدودة المسؤولية للمشروعات الصغيرة ومتوسّطة الحجم خاصة وتتميّز ببساطتها[1]. كما تتميز بتجاريّتها الشكليّة حتى لو كان موضوع نشاطها مدنياً.

2- تجاريّة الشّركة محدودة المسؤوليّة :

نظّم المشرّع التونسي أحكام هذه الشّركة بالفصول من 149 - 176 م.ت. وقد نص الفصل 149 على : «إنّ الشركات ذات المسؤوليّة المحدودة هي شركات لا يكون فيها كل من الشركاء مسؤولاً بأكثر من حصته في رأس المال كما في الشركات خفية الاسم...».

واستناداً على محتوى الفصل 15 من نفس المجلّة فقد أُلحقت هذه الشركات بشركات المساهمة فيما يتعلق بصبغتها التجاريّة ، (أي الأخذ بالمعيار الشكلي) فتكون كل الشركات محدودة المسؤولية مكتسية للصبغة التجاريّة بقطع النّظر عن موضوعها[2].

ويمكن أن يكون نشاط الشّركة متعلقاً بأي موضوع ما دام مشروعاً، إلاّ أن الفصل 150 م.ت. استثنى صراحة بعض الأنشطة إذ ينص على أنّه :«يجوز تكوين الشركات ذات المسؤولية المحدودة لممارسة أي موضوع من المواضيع.
على أنّه لايسوغ لشركات التأمين والإدّخار والتوفير والبنوك ومؤسّسات القرض أن تكون على مثل هذا النوع من الشركات».

---

(1) - انظر، عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 677 وماب.
- أيضاً ، عبد الحكم فودة ، مرجع سابق ، ج. 3 (شركات الأموال والعقود التّجارية) ،ص 85 وماب.

(2) - نصت الفقرة الأولى من الفصل 15 م.ت. على أنه :«تثبت صفة التاجر : - للشركات المساهمة والشركات ذات المسؤوليّة المحدودة».

ولا يكتسب الشركاء صفة التّاجر لأنّ من أهم مزايا هذه الشركات محدوديّة المسؤوليّة لكل شريك عن ديونها فقط بمقدار حصته فيها[1].

ينتج عمّا سبق إمكانية اشتراك عديمي الأهليّة التجاريّة في الشركة SARL (فصل 2/22) م.ت. وقد نصّ الفصل 155 م.ت على أنّه يمكن أن يكون للشركة اسم جماعي أو يكتفى بتسمية تجاريّة. ولكن بكل الأحوال يجب أن يكون مسبوقاً أو متبوعاً بعبارة «شركة ذات مسؤولية محدودة» (فصل 184 م.ت).

يُشترط في الشركات محدودة المسؤوليّة ألاّ يقلّ رأسمالها عن ألف دينار، يقسم الى حصص اسميّة متساوية القيمة، على ألاّ تقلّ قيمة الحصّة عن خمسة دنانير (فصل 152م.ت.)، باستثناء الشركات الصحفيّة، إذ يكتفى بأن لا يقلّ رأسمالها عن ثلاثمائة دينار، «ولاندري الغاية من هذا التساهل التشريعي ومبرّره»[2].

خلافاً للتشريعين الألماني والفرنسي[3] لم يأخذ المشرّع التونسي حتى الآن بنظام الشركات ذات الشّخص الواحد محدودة المسؤولية، أو ما يطلق عليه اختصاراً في فرنسا EURL[4] ، وهي مؤسّسات مملوكة بكاملها لشخص واحد، وتكون مسؤوليّة مالكها بمقدار رأسمالها فقط. إلا أنّ مشروع مجلّة الشركات التجاريّة التونسية تعرّض لهذا النوع من الشركات ونظّمها في عديد الفصول.

وإلى جانب الشركات يوجد بعض التجمعات التي تعتبر مؤسسات ذات طبيعة تجارية ، وتنتج غالباً عن اندماج أوتعاون الشركات وغيرها من المؤسسات الاقتصادية .

---

(1) – انظر، تع. مد. عدد 13988 مؤرّخ في 29 جانفي 1987، ن.مح. تع 1987، ج. 1، ص 193.

(2) – محمد الفخفاخ، مرجع سابق، ص 28.

(3) - Loi F. n°. 697 du 11-7-1985 relative a l'EURL à l'exploitation agricole, C. Soc. F. annolé, p. 1232.
- Cf., Patrick SERLOOTEN , EURL (entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée), GLN. Joly, Paris, 1994, p. 7 et suiv.
- Aussi , Claude CHAMPAUD, L'entreprise personnelle à responsabilité limitée, R.T.D. Com. 1979, p. 579.
- aussi Norbert HORN, l'EURL (l'expérience allemande) , R.T.D. Com. 1984, p. 1.

(4) - Entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée.

الفقرة الثانية : التجمّعات ذات الصبغة التجاريّة

يمكن للمؤسّسات أن تتّحد عن طريق الاندماج Fusion أو التجمّع في مجموعات اقتصاديّة Les groupes بهدف تحقيق التركيز الاقتصادي لهذه المؤسّسات Concentration des entreprises الذي يعتبر من مميزات الاقتصاد المعاصر[1].

ويعرّف الفصل (7 جديد) من قانون المنافسة والأسعار لسنة 1991 ، المعدّل بقانون 1995 [2] التركيز الاقتصادي بكونه :«كل عمل مهما كان شكله ينجرّ عنه نقل كل أو جزء من ملكية أو حقّ انتفاع من ممتلكات أو حقوق أو سندات مؤسّسة من شأنه تمكين مؤسّسة أو عدّة مؤسّسات من ممارسة سيطرة حاسمة على نشاط مؤسّسة أو عدة مؤسّسات أخرى وذلك بصفة مباشرة أو غير مباشرة..».

لذا يتعين التعرّض للمؤسّسات الاندماجيّة (أولاً)، ثم للمؤسّسات التجمعيّة (ثانياً)، مع ملاحظة أن الشركات التّجارية هي أكثر المؤسّسات توجهاً إلى هذه الإتحادات.

أولاً - المؤسّسات الاندماجيّة :

قبل دراسة الصبغة التجاريّة للمؤسّسات المُدمجة (ب)، لابدّ من التعرّف على نشوء هذه المؤسّسات وخصوصاً في ميدان الشركات(أ).

أ - إنشاء المؤسّسات المُدمجة :

لقد شاع دمج الشركات في أمريكا في أواخر القرن الماضي[3] ،حيث اتّجه الرأسماليون بادئ ذي بدء الى اتفاقات تحديد الأسعار وتوزيع مناطق النفوذ Pools ، حيث تتفاهم عدة شركات مثلاً على تقسيم الأسواق العالمية فيما بينها.

---

(1) - انظر ، حسني المصري، اندماج الشركات وانقسامها (دراسة مقارنة) ، دار النهضة العربيّة، القاهرة ، ط.1، 1986 ، ص 7.

(2) - القانون عدد 42 المؤرّخ في 24 أفريل 1995، رائد رسمي. عدد 35 مؤرّخ في 2 ماي 1995 ، ص 968.

(3) - مصطفى العوجي، مرجع سابق، ص 343.

ثم منع الكونغرس هذه الاتفاقات، فلجأت شركات المساهمة إلى صورة الترست Trust[1] ، الذي يتولّد عنه احتكار يتحكّم في الأسواق.

إلا أنه وبصدور قانون شيرمان Sherman لمكافحة الترست عام 1890، عمد الرّأسماليون إلى إنشاء شركات الهولدنغ Holding[2] ، حيث تتكون شركة خصيصاً للسيطرة على مجموعة من الشّركات الأخرى، غير أن الحكومة الأمريكيّة شرعت إلى تصفية هذه الشّركات بصدور قانون كلبتون عام 1914[3] ، فعمد الرّأسماليون إلى طريقة الاندماج لتفادي المنافسة بين الشّركات الكبرى[4]، وللقضاء على الشّركات المتوسطة والصغرى وتفليسها.

في أوربّة أيضاً ظهرت سياسة الاندماجات، لمواجهة المنافسة العالمية والغزو الاقتصادي الأمريكي لأوربّة[5] ، «وفي فرنسا جرت عمليات الإندماج بصورة مكثّفة وسريعة، ويكفي للدلالة على ذلك القول بأنه قد وقعت خلال عام 1968 وحده أكثر من 2200 عملية اندماج...»[6].

المشرّع التونسي لم يهتمّ بتنظيم الاندماج، إذ تعرّض له فقط في فصل يتيم وهو الفصل 57 من المجلة التجاريّة، الذي أشارت الفقرة السابعة منه الى نوعين من الاندماج هما :

---

(1) – «الترست : هو الخلط في مشروع واحد بواسطة مزج كلّي نهائي للمشاريع التي تتعاطى فرعاً مخصوصاً من فروع الصناعة...».
– پير كليرجيه، مرجع سابق، ص 8.

(2) - Cf., Alain COURET et Didier MARTIN, Les sociétés holdings, P.U.F., Paris , 1991, p. 3 et suiv.

(3) – ماجد مزيحم، شركة الهولدنغ (دراسة مقارنة)، (الناشر غير معروف) ، 1992، ص 7.

(4)– ثروت الاسيوطي ، مرجع سابق، ص 124 و 125.
- Cf. , Richard ROUTIER, Les fusions de sociétés commerciales, L.G.D.J. , Paris, 1994, p. 6 et suiv.

(5) – انظر ، أحمد سي علي، النظام القانوني للشركات عبر الوطنية المعاصرة والقانون الدولي العام، رسالة ماجستير في القانون العام، جامعة الجزائر (معهد العلوم القانونيّة والإداريّة)، 1987، ص 19.

(6) – انظر، حسني المصري، مرجع سابق، ص 16.

1- الاندماج بطريقة الاستيعاب، ويطلق عليها أحياناً طريقة الضمّ Par annexation أو طريقة الابتلاع أو الامتصاص Par absorption،

2- الاندماج بإنشاء شركة جديدة Création d'une société nouvelle ، ويسمّى أيضاً الاندماج بالمزج par combinaison.

كما لمّحت الفقرة نفسها إلى وجود شكلين من الاندماج : الأول حقيقي وهو الاندماج الكلّي Fusion totale ، والثاني وهو الاندماج الجزئي Fusion partielle القائم على مساهمة شركة بمقوماتها الماليّة في شركة أخرى.

إلا أنّ مشروع مجلّة الشركات التجاريّة التونسيّة خصّص الكتاب الخامس منه لموضوع الاندماج والانقسام وتغيير شكل الشركة وتجمّعها.

لقد عرّف الفصل 411 من المشروع الاندماج بكونه :«اتحاد شركتين فأكثر لتكوين شركة واحدة جديدة، وينتج الاندماج سواء من استيعاب شركة أو عدّة شركات لبقيّة الشركات الأخرى أو من تكوين شركة جديدة من تلك الشركات.

ويؤدّي الاندماج إلى انحلال الشركات المدمَجة أو المُستوعَبة، والانتقال الكلّي لذممها المالية إلى الشركة الجديدة أو إلى الشركة المُستوعِبة.

ويتمّ الاندماج بدون تصفية الشركات المدمَجة أو المُستوعَبة. وإذا كان الاندماج نتيجة للاستيعاب، فيجب أن يتمّ الترفيع في رأس مال الشركة المستوعِبة طبق أحكام هذه المجلّة»[1] .

ويبدو أنّ هذا النصّ مقتبس من الفصل 371 من مجلة الشّركات الفرنسية[2] .

أشار الفصل 412 من المشروع الى شكلين من الاندماج، فقد يكون اندماجاً وطنياً إذا كان بين شركات تونسية الجنسيّة، وقد يكون اندماجاً ذا صبغة دوليّة[3] ، إذا وجدت بين الشركات المندمجة شركة أو عدة شركات أجنبية، وفي هذه الحال يُشترط أن تكون أغلبيّة رأس المال فيها بيد أشخاص تونسيّين (الفقرة الأخيرة من الفصل 412 من المشروع).

وحبذا لو عجل المشرّع باصدار هذا القانون لسدّ الفراغ التشريعي الخاص بالتّركيز الاقتصادي.

---

(1) - Cf., Philippe MERLE, Op. Cit. , p. 731.
- aussi RIPPERT et ROBLOT, Op. Cit., T.1, p. 1142 et suiv.

(2) - Art. 371 C.Soc. F.:«Une société, même en liquidation , peut être absorbée par une autre société ou participer à la constitution d'une société nouvelle, par voie de fusion.
Elle peut aussi faire apport de son patrimoine à des sociétés existantes ou participer avec celles-ci à la constitution de sociétés nouvelles, par voie de fusion - scission...».

(3) - Cf., Béatrice MADANY, Société transnationale et nouvel ordre économique international, thèse, Lyon, 1982 , p. 6 et suiv.

ب - تجاريّة المؤسّسات المُدمجَة :

نتساءل هنا ، هل يجوز الاندماج بين جميع أشكال المؤسّسات، وماهو تأثير الاندماج على وجود المؤسّسات المُدمَجة ؟

للإجابة على هذه التّساؤلات - وفي ظل غياب النصّ الذي ينظّم المسألة - يمكن الاعتماد على الاستقراء والاستنتاج . ولا بأس بالاستئناس (بمشروع قانون مجلة الشركات التجاريّة).

ولأنّ المؤسّسات الفرديّة ليس لها في التشريع التّونسي شخصيّة معنويّة مستقلّة عن شخصيّة صاحبها، فلا يمكنها الاندماج مع غيرها قانوناً. وبهذا يبقى الميدان مبدئياً مفتوحاً أمام المؤسّسات غير الفرديّة، كالشّركات الخاصة والعموميّة.

وبما أن شركات المحاصّة لا تتمتّع بالشخصيّة المعنويّة، فهي غير مؤهّلة للاندماج مع غيرها من الشركات رغم عدم وجود مانع قانوني . ولا يشترط من ناحية أخرى أن يكون الاندماج بين شركات من نوع واحد.

يثور التّساؤل التالي : هل أن الاندماج جائز في الشركات المدنيّة أم هو خاصّ بالشّركات التجاريّة ؟

لم يتعرّض المشرّع التّونسي لهذه المسألة، إلاّ أنّ الفصل 412 من مشروع قانون مجلة الشركات نصّ على أنّه :«يمكن أن يشمل الاندماج شركات ذات شكل واحد أو ذات أشكال مختلفة.

غير أنّه في كلّ الأحوال يجب أن يؤدّي إلى تأسيس شركة خفيّة الاسم أوشركة ذات مسؤوليّة محدودة أو شركة مقارضة بالأسهم...».

يتبين من هذا الفصل أن مشروع قانون مجلّة الشركات التجاريّة فيه توجّه إلى تكريس تجرنة الشّركات المُدمجَة، إذ فرض بكل الحالات أن تكون الشركة المنبثقة عن الاندماج ذات شكل تجاري، سواء كانت خفيّة الاسم أو محدودة المسؤولية أو مقارضة بالاسهم وهي شركات تعتبر تجاريّة بشكلها مهما كان موضوعها (فصل 15 م.ت.) .

من جهة أخرى نلاحظ أن هذا المشروع فيه مرونة واضحة،إذ أجاز الاندماج بين شركات خاصة وشركات عموميّة أو ذات مساهمة عموميّة (الفصل 414 من المشروع)، بشرط الحصول على ترخيص هيئة السوق المالية (فصل 416 في المشروع).

ويبقى سؤال أخير عن مصير الشركات المُندمِجة ؟

في الحقيقة إن الاندماج الحقيقي يفترض ذوبان شخصيّة الشركة المُندمِجة في شخصيّة الشركة الدّامجة بالنسبة لطريقة الاستيعاب (الابتلاع)، وحتى ذمّتها المالية تحال بأصولها وخصومها إلى ذمّة الشركة الدّامجة.

وفي حال اندماج شركتين أو أكثر بطريقة إنشاء شركة جديدة، فإن كل الشركات المُندمجة تضمحلّ وتذوب شخصيّتها لتظهر شركة بشخصية جديدة وذمّة مالية مؤلّفة من مجموع ذمم الشركات المندمجة، وهو ما نصت الفقرة الثانية من الفصل 411 من مشروع القانون. ويتمّ الاندماج بدون تصفية الشركات المدمّجة أو المستوعَبة (الفقرة الثالثة من الفصل 411 من المشروع).

وكما أنّ الشركات تندمج فإنها في بعض الحالات تكتفي بالتجمّع في كيانات اقتصادية دون الانصهار مع بعضها.

ثانياً - المؤسّسات المتجمّعة

ينصّ الفصل 409 من مشروع القانون المتعلّق بمجلّة الشركات التجاريّة على أنه :«يتم الاندماج أو التجمّع أو تغيير الشكل أو الانقسام لتحقيق أحدى الغايات التالية :

- لمسايرة التغيرات الاقتصاديّة على الصّعيدين الداخلي والخارجي.
- لتوفير رأس مال يساعد على مزيد الاستثمار والتّشغيل والإنتاج.
- لتطوير أساليب العمل والتوزيع.
- للحصول على التقنية الجديدة وتحسين جودة المنتوج.
- لكسب قدرة أكبر على التصدير والمنافسة [1]
- لدعم الثقة في المؤسّسة لدى الأطراف المتعاملة معها...».

لذا يكون من المتوجّب التعرّض لأهمّ أشكال التجمّعات (أ) ثم تحليل الصبغة التجاريّة لها(ب).

---

(1) - لا يجوز انجاز اي شكل من اشكال التركيز الاقتصادي إذا كانت تهدف إلى الإخلال بقواعد المنافسة، وخصوصاً ما جاء بالفصلين 5 و 6 من القانون عدد 64 المؤرّخ في 29 جويلية 1991 المتعلق بالمنافسة والاسعار بعد تعديلهما بالقانون عدد 42 المؤرّخ في 24 أفريل 1995.

- انظر، عمار الخبابي، قانون المنافسة والأسعار، قت، أكتوبر 1996، ص 51 وماب.

أ - أشكـــال التجمّعـــات :

يوجد إلى جانب الاندماج والانقسام أشكال كثيرة للتّقارب والتّعاون بين المؤسّسات التجاريّة مؤقّتة أو دائمة[1] ، إلا أن أهمها مجموعة الشركات Groupe de sociétés وبعض الاشكال الخاصة للتركيز الاقتصادي، التي لا تضمحلّ فيه شخصيّة المؤسّسات الأعضاء في التجمع. وإن كان الوجود القانوني لهذه المؤسّسات يبدو وكأنه صوريّ أحيانا[2].

المشرّع الفرنسي عرّف مجموعات الشّركات معتمداً المعيار الكمّي، وذلك بالفصل 354 من مجلة الشركات الذي ينص على أنّه : «عندما تملك شركة أكثر من نصف رأسمال شركة أخرى، فإن الثانية تعتبر تابعة للأولى في معرض تطبيق هذا القسم» [3].

ويطلق على الشركة التي تسيطر على باقي الشّركات الأعضاء في التجمع اسم الشّركة الأم Société mère والشركات التابعة لها يطلق عليها الشّركات الوليدة Sociétés filiales [4].

تختلف مجموعات الشركات Groupes عن تجمّعات الشركات Groupements التي تتكون ناتجة عن اتفاقات احتكاريّة بين الشركات للسيطرة على الأسواق - وأهمها الكارتل Cartel - حيث تتحالف عدة شركات تتعاطى تجارة أو صناعة متشابهة أو متكاملة على توحيد سياستها الإنتاجيّة والتوزيعيّة[5].

---

(1) - انظر، فرحات التومي، من أجل إحداث إطار قانوني لعمليات التركيز وتجمّع الشركات، قت. فيفري 1994، ص 56 وما ب.

- أيضاً، حسني المصري، اندماج الشركات وانقسامها، مرجع سابق، ص 24 و 25.

(2) - انظر، فوزي محمد سامي ، شرح القانون التّجاري الأردني، مرجع سابق، ج. 4، 1997، ص 393.

(3) - Art. 354 C. Soc. F.,«lorsqu'une société possède plus de la moitié du capital d'une autre société, la seconde est considérée, pour l'application de la présente section, comme filiale de la première».

(4) - محمد الزريبي وآخران، مسؤوليّة الشركة الأم في حالة إفلاس الشركة الوليدة أو المهيمن عليها، مجموعة محاضرات تربّص المحاماة، عدد 2، السنة القضائية 1988 - 1989 ، تونس ، المحاضرة الأولى، ص 13 وما ب.

(5) - مصطفى العوجي، مرجع سابق ، ص 345.

- انظر أيضاً، بير كليرجيه ، مرجع سابق، ص 12 و 13.

مشروع قانون (إدماج الشّركات وانقسامها وتحوير شكلها وتجميعها)[1] استعمل مصطلح تجمّع الشركات للتعبير عن مجموعة الشركات Groupe حيث نصّ الفصل الثالث والثلاثون منه على أنه : «يمكن لشركتين أو أكثر – إذا اتحدت مصالحهما – أن تتجمّع تحت رقابة وتوجيه واحدة منها، تسمّى الشركة الأم لتوحيد القرار والتصرّف فيها.

– ويمكن أن يحصل التجمّع بين شركات تتعاطى نشاطات مختلفة غير مرتبطة ببعضها أو بين فروع تتولى الشركة الأم توزيع المهام فيما بينها في نطاق نشاطٍ واحدٍ.

– وتسمّى الشركة المسيرّة للتجمّع شركة الشركات إذا كانت لا تمارس نشاطاً معيناً وإنّما ينحصر دورها في امتلاكها لمساهمات في الشركات المكونة للتجمّع تخول لها مراقبتها وتسييرها...».

بالتفحّص لهذا الفصل نلاحظ وجود شكلين من المجموعات وهي :

1– مجموعة شركات جميع أعضائها يمارسون نشاطاً تجارياً متشابهاً أومتكاملاً بما فيهم الشركة الأم وغالباً ما تنشأ بين شركات صناعيّة، لذا يطلق عليها اسم مجموعات صناعية Groupes industriels[2] (فقرة 2 من الفصل 33)، وتتولّى الشركة الأم توزيع المهام فيما بينها.

2 – مجموعة شركات لا تمارس فيها الشركة الأم أي نشاط تجاري أوصناعي معين ، وينحصر دورها في السيطرة الماليّة والقانونيّة على الشركات التابعة فهي شركة شركات Société de sociétés ، وتطلق عليها العديد من

---

(1) – أدمج هذا المشروع جزئياً مع مشروع القانون المتعلّق بمجلة الشركات التجارية الذي لم يتحدّث عن مجموعة الشركات أو تجمعها، وإنّما عن تجمّع المصالح الاقتصادية GIE في الفصل 439 وما بعد.

(2) - Cf., Jean Pierre LEGALL, Les groupements commerciaux, 13ème éd., Dalloz, Paris, 1993, p. 183 et suiv.
- aussi , Philippe MERLE, Op. Cit., p. 655 et suiv.

التشريعات - ومنها التشريع التّونسي - اسم الشركة القابضة [1] Société Halding [2] ، وهي تمتلك مساهمات هامّة في الشركات التابعة تخوّل لها مراقبتها وتسييرها. لذا أطلق على هذا النّوع من المجموعات اسم المجموعة المالية Groupe financier ، «ولعلّ هذه الشركات الماليّة هي التي تتحكّم في الجزء الأكبر من الاقتصاد العالمي...»[3].

ب - الصبغة التجاريّة للتجمّعات :

قبل دراسة الصبغة التجاريّة للتجمّعات، لابدّ من التّنويه إلى أن هناك عنصرين يميّزان مجموعة الشّركات عن غيرها :

- يتمثّل العنصر الأول في الاستقلاليّة القانونية للشركات التي تتكوّن منها المجموعة، إذ أن لكل منها شخصيّتها المعنوية وذمتها المالية[4] . وبهذا تختلف عن فروع الشّركات Succursales من جهة، وعن الشركات المُدمَجة من جهة أخرى. «فالفرع لا يُعتبر شركة متميّزة، وليس له كيان مستقل عن المشروع الأصلي maison principale ، بل يكون الفرع امتداداً لهذا المشروع وخاضعاً له خضوعاً تاماً، لأنّه جزء منه...» [5].
وكذلك الحال بالنّسبة للشركات المُدمَجة التي تذوب شخصيتها في شخصية الشركة الدّامجة، كما لاحظنا عند التعرّض للاندماج.

---

(1) - استعمل المشرع التونسي عبارة (الشركة القابضة والشركات التابعة لها) في قانون عدد 117 لسنة 1994 المتعلق باعادة تنظيم السّوق المالية (فصل 10 منه).

(2) - المشرع اللبناني أخذ باللفظ الأجنبي للتعبير عن الشركة القابضة أو شركة الشركات (انظر، ماجد مزيحم، شركة الهولدنغ، مرجع سابق، ص 18 وماب).

- Cf., Alain COURET et Didier MARTIN, Les sociétés holding, Op. Cit. , p. 3 et suiv.

(3) - فرحات التومي، مقالة سابقة، ص 57 و 58.

(4) - محمد الزريبي وآخران ، محاضرة سابقة، ص 14.

- Cf., Alain SUPIOT, Groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise, R.T.D. Com. 1985, p. 621 et suiv.

(5) - علي حسن يونس، مرجع سابق، ج. 4(الشركات التجاريّة)، المجلد الأول، ص 22.

– العنصر الثاني يتمثّل في التبعيّة الاقتصاديّة، حيث تتحكّم الشركة الأم بالشركات التّابعة لها[1]، وتُمارس الرقابة القانونيّة أو الفعليّة عليها، مباشرة أوبصورة غير مباشرة[2].

وقد بيّن الفصل 34 من مشروع قانون إدماج الشركات ... في فقرته الثانية المعايير التي تعتبر الشركة من خلالها شركة تابعة، إلا أن الملفت للنظر هو استعمال مصطلح فرع[3] . وفي ذلك خلط من الأفضل تداركه قبل صدور هذا القانون. وتنص هذه الفقرة على أنه :«وتعتبر فرعاً كل شركة يرجع أكثر من خمسين بالمائة من رأسمالها للشركة الأم، غير أن هذه النسبة الدنيا غير لازمة إذا كانت المساهمة في رأس المال تفوق ثلاثين ألف دينار.

بقراءة عكسيّة لهذه الفقرة يمكن القول إن الشّركة الأم هي التي تملك في كل شركة تابعة أكثر من نصف رأس مالها أو ثلاثين ألف دينار منه على الأقل.

كما نص الفصل 36 من نفس المشروع على معايير أخرى للتعريف بالشّركات التّابعة والشركة الأم، إلا أنه وقع بنفس الخلط بين الشركات التابعة وبين الفروع، إذ ينصّ على أنه : «تعتبر فرعاً كل شركة تكون تحت رقابة أوسيطرة شركة أو عدة شركات أخرى تسمى الشركة الأمّ أو شركة الشركات.

وتعتبر شركة أمّ أو شركة شركات بالنّسبة للفرع الشّركة المالكة بصفة مباشرة أو غير مباشرة لأكثر من خمسين بالمائة من حقوق الاقتراع في الجلسات العامة للفرع أو متمتّعة بأغلبيّة حقوق الاقتراع بمفردها فيه بمقتضى اتفاق مبرم مع مساهمين آخرين أو متحكمة فعلياً في أخذ القرارات بواسطة ممثليها في هذا الفرع».

وبالعودة إلى الفصل 10 من قانون إعادة تنظيم السّوق المالية لسنة 1994 ، نجد أنه يعرّف الشركة القابضة في فقرته الثّالثة على النحو التالي : «وتعتبر شركة قابضة لشركة أخرى تابعة لها على معنى هذا القانون عندما تكون :

---

(1) - Cf., Charley HANNOUN, Le Droit et les groupes de sociétés, L.G.D.J. Paris, 1991, p. 19 et suiv.

(2) – فرحات التومي، مقالة سابقة، ص 57.

- Cf., P. BEZARD et Alii, les groupes de sociétés : une politique législative, librairies techniques, Paris, 1976, p. 69 et suiv.

(3) – لاحظنا سابقاً الفرق بين الفرع والشركة التابعة، ويكفي التذكير بأنّ الشّركة التابعة تحافظ على كيانها القانوني، في حين أن الفرع ليس له وجود مستقل عن المؤسّسة التي ينتمي إليها.

- مالكة بصفة مباشرة أو غير مباشرة لأكثر من 50 بالمائة من حقوق الاقتراع في الجلسات العامة لهذه الشركة.
- أو متمتّعة بأغلبية حقوق الاقتراع بمفردها في هذه الشّركة بمقتضى اتفاق مبرم مع مساهمين آخرين، وذلك بدون اعتبار البطلان المنصوص عليه بالفقرة الثانية من الفصل 94 من المجلة التّجارية.
- أو متحكمة فعلياً في أخذ القرارات أثناء الجلسات العامة لهذه الشركة بمقتضى حقوق الاقتراع التي تتمتّع بها».

والواضح هو التّماشي والتّشابه بين معايير مشروع قانون الادماج وقانون تنظيم السّوق المالية بالنّسبة للمعايير المعتمدة في كل منهما لتحديد الشركة الأم وشركاتها التّابعة.

نجيب الآن على التّساؤل الهام في موضوعنا، وهو مدى تجاريّة الشركة الأم والشّركات التابعة لها ؟

ولأن المشرّع التّونسي لم يُنظّم مسألة التجمّع ومجموعة الشركات فلا بأس بالرجوع إلى ما جاء في مشروع القانون المتعلق بإدماج الشركات... إذ ينص في الفصل 34 على أنه : «يجب أن تكون للشّركة الأم أو لشركة الشّركات مساهمة في رأس مال كل شركة من الشركات المنتمية للتجمّع التي تسمى فروعاً . كما يجب أن تتّخذ شكل شركة خفية الاسم ويكون مقرّها الاجتماعي بالجمهوريّة التّونسية...» [1].

من هذا الفصل نلاحظ التوجّه إلى التوسّع في تجرنة الميدان الاقتصادي، إذ يفرض هذا الفصل أن تتّخذ الشركة الأم - سواء كانت في مجموعة صناعيّة أومجموعة مالية - شكلاً تجارياً بصورة اجباريّة وهو الشّركة خفيّة الاسم، التي تتمتع - بموجب الفصل 15 م.ت - دائماً بالصّبغة التّجارية مهما كان موضوعها.
ولا يتغير في الأمر شيء إذا كان بين الشّركات التّابعة أو الوليدة شركات مدنيّة. وحتى

---

(1) - اعتبر المشرع الفرنسي صراحة الشركات القابضة Holding ذات صبغة تجاريّة في الميدان البنكي، وأطلق عليها اسم Compagnie financière ، إذ ينص الفصل 72 من قانون 24 جانفي 1984 على أن : «الشركات الماليّة هي شركات تجاريّة لها نشاط رئيس يتمثل بمسك وإدارة المساهمات، وتراقب مباشرة أو بواسطة شركة لها نفس الموضوع عدة مؤسّسات قرض، بينها مصرف واحد على الأقل».
- انظر، ماجد مزيحم ، شركة الهولدنغ، مرجع سابق، ص (23 و 24) و 93 وما.

لو كان بين الشّركات التّابعة شركات أجنبيّة (فصل 37 من مشروع القانون) . وسواء كان التجمع دائماً أو ظرفياً مرتبطاً بانجاز عمل معين أو بتنفيذ عقد محدّد (فقرة أخيرة من الفصل 33 من مشروع القانون).

يتبين مما سبق أن تكتّل الشّركات واندماجها يرمي الى تقوية امكانياتها والسّعي للسيطرة على السّوق التجاريّة، وهذا أمر عادي في القطاع الخاص.

إلا أن المُلفِت للنظر هو ظهور القِطاع العام كمنافس قوي للخواص سعياً للتّخفيف من تحكمهم بالأسواق وضغوطهم الاحتكاريّة لبعضها وتحقيق التّوازن الاقتصادي، بالإضافة إلى خلق مَواطن شُغل جديدة ومكافحة البطالة. فظهر نتيجة لذلك مفهوم الدّولة التّاجرة التي تسعى لتحقيق الأرباح تدعيماً لمواردها.

الفصل الثاني

المؤسّسات التجاريّة العموميّة

تغيّرت وظيفة الدّولة عما كانت عليه في الماضي، «فبعد أن كان دورها مقصوراً على مجرّد توفير الأمن والطمأنينة للمواطن (فكرة الدولةالحارسة)، أصبحت تتحمّل مسؤوليّة ضخمة في الحياة الاقتصاديّة...»[1].

ويقول الأستاذ علم الدين : «لتدخّل الدّولة في النشاط الاقتصادي أسباب كثيرة، أهمها انتشار الأفكار الاشتراكيّة في العالم والاضطراب الاقتصادي الذي أصاب الكثير من الدّول بعد الحرب العالمية الثانية، مما أدى الى ضرورة تدخل الدول لإنقاذ المنشآت التي أصيبت في الحرب، والنهوض بكثير من المشروعات التي عجز الأفراد عن القيام بها...»[2].

ويعتبر من مظاهر العصر الحاضر أنّ الدّولة – وأشخاص القانون العام – أخذت تباشر الكثير من أوجه النشاط التّجاري[3]، بقصد الحصول على موارد ضروريّة لها، أو لتحسين وضعها الاقتصادي، أو للحدّ من نفوذ الأفراد أو الحلول محلّهم في بعض الميادين التي يعجزون عن القيام بها.

تقوم الدّولة بالنشاط التّجاري بعدّة طرق أهمّها الأشكال الأربعة التالية :

– الاستغلال المباشر : حيث تقوم بنفسها أو عن طريق أحدى هياكلها المركزية أو جماعاتها المحلّية (كالوزارات أو البلديات) بتسيير أو استغلال المرفق العام[4].

L'exploitation directe de service public (la régie).

ومن أمثلة ذلك مرفق البريد، وفي هذه الأنشطة يندمج المرفق العام في الإدارة ذاتها.

---

(1) – أميرة صدقي، النظام القانوني للمشروع العام ودرجة أصالته (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربيّة، القاهرة، 1971 ، ص 1.

(2) – محمد اسماعيل علم الدين، مرجع سابق، ص 244.

(3) – انظر، سمير عالية، مرجع سابق، ص 125.

(4) - Cf., Joël CARRBAJO, Droit des services publics, Mementos Dalloz, Paris, 2è. éd., 1995, p. 78.

- التزام المرفق العام La concession de service public : ويطلق عليه أيضاً (الامتياز)، حيث تُكلّف الدّولة بموجب عقد إداري يسمّى (عقد التزام مرفق عام)[1] أحد الخواصّ بتسيير المرفق العام، وتبقى لها المراقبة والإشراف على حسن سيره، ومن أمثلة ذلك التنقيب عن المعادن والمواد المنجميّة[2].

- المؤسّسة العموميّة : هي طريقة تسيير المرافق التي لاترغب الدّولة في تسييرها بنفسها أو تكليف الخواص بها، فتنشيء مؤسّسة Etablissement [3] لهذا الغرض وتمنحها الاستقلال المالي والإداري، كما هو الحال مثلاً في البنك المركزي، والشركة القوميّة لاستغلال وتوزيع المياه والديـــوان القومي للصّيد البحري[4].

- شركات الاقتصاد المختلط Sociétés d'économie mixte : وهي شركات مساهمة يكون رأسمالها مشتركاً بين أشخاص خاصّة وأشخاص عامّة، وبهذه الصورة تصبح الدّولة مجرّد شريكة في الشّركة[5] ، كما هو الحال في شركة معمل الاسمنت ببنزرت[6].

---

(1) - عائشة بن عبد الله، المنافسة في الصفقات العموميّة، مذكرة للاحراز على شهادة الدراسات المعمّقة في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، تونس، 1994 - 1995، ص 7.

(2) - انظر، قراري وزير الشؤون الاقتصادية رقم 145394 و 145395 المؤرّخين في 30 أفريل 1970 والمتعلقين برخص تفتيش منجمي، رائد رسمي. عدد 27 بتاريخ 19 -22 ماي 1970، ص 686.

(3) - لاحظنا سابقاً أن معنى مؤسّسة في القانون الخاص هو بالفرنسيّة Entreprise ومنشاة Etablissements . أما في ميدان القانون العام - وخصوصاً الإداري - فيبدو أن التّرجمة معكوسة إذ عُرّبت لفظة Etablissement بالمؤسّسة وعرّبت لفظة Entreprise بالمنشاة، وهو ما سنعتمده في هذا الفصل من البحث.

(4) - انظر، تع. مد. عدد 26409 مؤرّخ في 24 أفريل 1990، ن.مح. تع. 1990، ص 189 .
- أيضاً، تع. مد. عدد 19739 مؤرّخ في 19 جوان 1990، ن. مح. تع. 1990، ص 15.

(5) - انظر ، توفيق بوعشبة، مبادئ القانون الإداري التونسي، مركز البحوث والدراسات الإداريّة، تونس، 1992، ص 141 وما.
- أيضاً ، حسين درويش، شرح القانون الجديد للمؤسّسات العامة وشركات القطاع العام، ط.2 ، مكتبة الانجلو المصريّة، القاهرة، 1966، ص 10.

(6) - انظر، تع. مد. عدد 6218 مؤرّخ في 26 ماي 1969 ، ن. مح. تع. 1969، ص 62.

إن قيام الدّولة بهذه الأنشطة التجاريّة يدفعنا للتساؤل عن مدى انطباق القانون التّجاري على الدّولة ومؤسّساتها ؟

يمكن القول مبدئياً أن الدولة لا تكتسي صفة التاجر بممارستها للنّشاط التّجاري ولكن يمكن لبعض مؤسّساتها اكتساب هذه الصّفة، وبالتالي سيكون التّركيز على الصّبغة التجاريّة لمؤسّسات القطاع العام والقطاع المشترك من خلال المؤسّسات العموميّة الصرْفة (المبحث الأوّل)، ومؤسّسات القطاع المشترك (شبه العموميّة) (المبحث الثاني).

المبحث الأوّل : المؤسّسات العموميّة الصرفة

يُجمِع الفقه على عدم اعتبار الدّولة تاجراً بالمعنى القانوني، مهما كان دورها في الميدان التّجاري، لتعارض صفة التّاجر مع وظيفتها في تسيير المرافق العامة، فالدّولة عندما تمارس النشاط التّجاري فإنّها تستهدف أساساً من وراء ذلك تقديم الخدمة العامة وتأمين حاجات المجتمع بصورة أفضل، دون التركيز على تحقيق الأرباح[1].

وقد جاء في قرار تعقيبي فرنسي صادر في 18 ماي 1908 أنّ :«الدّولة لايمكن أن تعتبر بمثابة تاجر أو صانع أيًا كانت طبيعة مشروعاتها، وذلك بسبب المصلحة العامة التي ترتبط بهذه المشروعات...»[2].

في الواقع لقد أثار هذا الإشكال منذ زمن طويل تنافساً بين فقهاء القانون الإداري وفقهاء القانون التّجاري، فكل فريق منهم يريد أن يدخل النشاط التّجاري للدّولة في اختصاصه.

- ويستند فقهاء القانون الإداري على فكرة المصلحة العامة والمرفق العام، فالقانون الإداري برأيهم هو المنطبق كلما لاحت فكرة المصلحة العامة[3]. وقد شبّه البعض منهم الأعمال التجاريّة التي يقوم بها أشخاص القانون العام بأعمال الجمعيّات والتعاونيّات، لانتفاء قصد الربح عندهم حتى ولو حقّقوا أرباحاً[4].

---

(1) - انظر، اكرم ياملكي وباسم محمد صالح، القانون التّجاري ، مطبعة جامعة بغداد، 1982 ، ص 102.

- أيضاً ، طارق زيادة وفيكتور مكربل، المؤسّسة التجاريّة، مرجع سابق، ص 86 وماب.

(2) - Cass. clv. 18-5-1908 , S. 1909 , T.1, p. 193, obs. NAQUET.

- انظر ، أكثم أمين الخولي، دراسات في قانون النشاط التّجاري الحديث للدولة (نظريّة المشروع العام وشبه العام) ، ط.1، دار القاهرة للطباعة، القاهرة، 1961، ص 154.

(3) - علي البارودي، في سبيل نظام قانوني موحّد للمشروع التّجاري العام، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر، الاسكندرية (طبعة غير مؤرّخة)، ج.1، ص 9 وماب .

(4) - انظر، أحمد شكري السباعي، مرجع سابق، ج.3، ط. 1993، ص 267.

- أما فقهاء القانون التّجاري، فالرأي عندهم أنه لا يوجد ما يمنع من تطبيق القانون التّجاري على نشاط الدّولة، وفكرة المرفق العام أو المصلحة العامة لا تتنافى مع إعطاء الصفة التجاريّة للنشاط الذي تقوم به الدّولة بقصد تحقيق الأرباح، لاسيما وأن الدّولة بدأت تمارس النشاط التّجاري بصورة موسّعة.

الخلاف الفقهي بين التجاريّين والإداريّين لا يقتصر تأثيره على القانون المنطبق فحسب، بل يمتدّ أيضاً الى الاختصاص القضائي، فالقول بنظريّة المرفق العام بصورة مطلقة بالنسبة لجميع أنشطة الدّولة يؤدي إلى اختصاص القضاء الإداري بالنّسبة لجميع الدعاوى التي تكون الدولة طرفاً فيها.

وقد برزت هذه المسألة في فرنسا انطلاقاً من قرار بلانكو Blanco الشهير[1] والصادر في 8 فيفري 1873[2] ، إذ جاء في إحدى حيثياته ما يلي : «وحيث أن المسؤوليّة التي يمكن أن تتحمّلها الدّولة بسبب الأضرار التي يلحقها أعوان المرفق العام بالأفراد، لا يمكن أن تخضع لمبادئ المجلة المدنيّة التي تضبط علاقة الأفراد فيما بينهم، وحيث أن المسؤوليّة ليست عامة أو مطلقة، بل لها قواعدها التي تتغير حسب مقتضيات المرفق العام وضرورة التوفيق بين حقوق الدّولة وحقوق الأفراد...»[3].

يقول الأستاذ التكّاري أنّه «عندما صدر قرار بلانكو لم تكن الدّولة تتدخّل في شؤون التجارة والصناعة، وبالتالي كان المرفق العام إدارياً بطبيعته، ولم يكن إخضاع الإدارة للقانون الإداري يثير بالتالي أيّة إشكاليّة، لكن بعد الحرب العالميّة الأولى وجدت الدّولة نفسها مُجبرة على القيام بالوظائف التي يقوم بها عادة أرباب الصناعة والتجارة... وبقيت المصلحة العامة هي الغاية الأولى من القيام بهذه الوظائف ذات الصبغة الصناعيّة أو التجاريّة.

وعندما وفّرت الدّولة النّور الكهربائي بمقابل، وأصبحت تنقل المسافرين بمقابل، فقد بقيت في إطار المرفق العام،ولكنها غادرت إطار القانون الإداري...»[4]. وهذا يعني أن مفهوم المرفق العام قد تطوّر.

---

(1) - Cf., Joël CARBAJO, Op. Cit. , p. 2 et sulv.

(2) - تتلخص وقائع القضية بأن عربة تابعة لوكالة التبغ صدمت فتاة صغيرة ، فرفع والدها قضية التّعويض أمام المحاكم العدليّة، لكن الإدارة تمسكت بعدم الاختصاص وبأن النظر في الدّعوى يرجع لمجلس الدّولة.

(3) - T.C., 8 Février 1873. Blanco, D. 1873-3. p. 17, Conclusions DAVID, G.A.J.A., 10 ème éd., Paris, Sirey, 1993, p. 1.

(4) - البشير التكّاري، دروس مؤسّسات إدارية وقانون إداري، السنة الثانية من الأستاذيّة، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس،1994 - 1995، ص 26.

بدأت فكرة المرافق العامة ذات الصبغة التجاريّة والصناعيّة بالظهور في فرنسا، انطلاقاً من مطلع العشرينات[1] الى جانب المرافق العامة الأصليّة (المرافق العامة الإداريّة)، الأمر الذي ترتب عليه عدم خضوع كل أنواع المرافق العامة للقانون الإداري، بل بقيت المرافق الإدارية خاضعة لهذا القانون، في حين اخضعت المرافق العامة الصناعيّة والتجاريّة في جُلّ أوضاعها للقانون التّجاري بشكل رئيس وللقانون الخاص عموماً[2].

وقد بدأت التشريعات تتبنى هذا الاتجاه وتقبل إخضاع الأنشطة التجاريّة التي تمارسها الدولة للقانون التّجاري. من ذلك ما جاء بالفصل 13 من القانون التّجاري السوري والذي ينصّ على أنّه : «لا تُعدّ الدولة ودوائرها ولا البلديّات واللجان والنّوادي والجمعيات ذات الشخصيّة الاعتباريّة من التجار وإن قامت بمعاملات تجاريّة، إلا أن معاملاتها المذكورة تكون خاضعة لأحكام قانون التجارة»[3].

جاء بنفس المعنى الفصل 12 من القانون التّجاري الأردني، وكذلك الفصل 16 من القانون التّجاري الكويتي، والفصل 4 من قانون التجارة العراقي، أما المجلة التجاريّة التونسيّة فلا نجد فيها أي نص يقابل هذه الفصول، إلا أن القانون عدد 9 لعام 1989 والمتعلق بالمساهمات والمنشآت والمؤسّسات العموميّة[4] يأخذ بهذا التوجّه وذلك بالفصل 18 منه، الناص على أنّه : «تخضع إلى التشريع التّجاري - فيما عدا المقتضيات الواردة في هذا القانون - صفقات الأشغال والتزويدات والخدمات والدراسات التي تبرمها المنشآت العموميّة...».

فالدولة لا تكتسب صفة التاجر، لأنها ليست فرداً فينطبق عليها معيار الاحتراف، وليست شركة فينطبق عليها معيار الشكل أو معيار الموضوع، وهي حينما تقوم بالنشاط التّجاري لا تنزل عن صفتها الأساسيّة باعتبارها صاحبة السيادة والسلطان، كما أنها لاتنزل الى مستوى التجّار أو رجال الأعمال العاديين.

---

(1) - كرست ذلك محكمة تنازع الاختصاص الفرنسية في قرار شهير لها يدعى قرار باك ديلوكا Bac d'Eloka المؤرّخ في 22 جانفي 1921.

(2) - انظر ، توفيق بوعشبة، مرجع سابق، ص 133.

(3) - انظر، قرار محكمة النقض السورية عدد 477 مؤرّخ في 27 فيفري 1958، صبحي سلوم، تشريعات التجارة، دار الأنوار للطباعة ، دمشق، 1984، ط. 1، ص 380.

(4) - القانون عدد 9 المؤرّخ في 1 فيفري 1989، الرائد الرسمي. عدد 9 مؤرّخ في 27 - 2 - 1989، ص 203 (والذي تم تنقيحه بالقانون عدد 102 لسنة 1994 ، وكذلك بالقانون عدد 74 لسنة 1996).

ويمكن إلحاق الهياكل التابعة للدّولة والجماعات المحلية وغيرها من الأجهزة الإدارية التابعة لها (كالولاية والبلديّة) بحكمها، فهؤلاء أيضاً من أشخاص القانون العام ولا يجوز معاملتهم كتجّار، لأن وظيفتهم الأساسية هي تسيير المرفق العام وتحقيق المصلحة العامة، وقد صدرت بهذا المعنى عدة قرارات تعقيبية فرنسيّة[1].

هذا لايمنع من تطبيق القانون التّجاري على المعاملات التي تجريها الدّولة في الحدود التي لا تتعارض مع هيبتها وسلطانها، فلا يجوز تفليس الدّولة مثلاً أو الحجز على أموالها[2].

ويثور التساؤل عن الصبغة التجاريّة للمؤسّسات والمنشآت العموميّة وهل يمكن اخضاعها للقانون التّجاري؟

مما يستدعي دراسة تجاريّة المؤسّسة العموميّة (فقرة أولى)، ثم إحداث وتكوين المؤسّسات العموميّة ذات الصبغة التجاريّة (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى : تجاريّة المؤسّسة العموميّة

إنّ تطور مفهوم المرفق العام انطلاقاً من أوائل هذا القرن -وتحديداً منذ صدور قرار باك ديلوكا Bac d'Eloka[3] المؤرّخ في 22 جانفي 1921- أوجد الإمكانية لمناقشة علاقة المؤسّسات العموميّة بالقانون التّجاري.

فالنّزاع في قضية باك ديلوكا يشبه النزاع الذي أدّى الى قرار بلانكو الصادر في عام 1873 ، ومع ذلك فقد أخذت محكمة تنازع الاختصاص الفرنسية اتّجاهاً مخالفاً لقرار بلانكو، حيث لاحظت هذه المحكمة أن مستعمرة ساحل العاج آنذاك كانت تستغلّ عمليّة نقل المسافرين والعربات بمقابل، وأنّها تقوم بهذه

---

(1) - Cass. Soc. 31 Juillet 1947, J.C.P. 1948, T. II, 4068, note G.B.
- انظر، أميرة صدقي، مرجع سابق، ص 429.

(2) - انظر، أحمد شكري السباعي، مرجع سابق، ج. 1، ط. 1988، ص 372.
- أيضاً، أكثم أمين الخولي، دراسات في قانون النشاط الحديث للدولة، مرجع سابق، ص 159 وماب.

(3) - يتعلق النزاع بناقلة بحريّة تنقل المسافرين بين ضفاف إحدى البحيرات في ساحل العاج، ووقع حادث نتج عنه غرق مسافر واضرار لحقت بالعربات الموجودة على الناقلة.
- انظر، البشير التكاري ، مرجع سابق، ص 26 وماب.

الوظيفة طبقاً لنفس الشّروط التي يعمل بمقتضاها أرباب الصناعة العاديين، وقررت الاختصاص للقضاء العدلي[1]، في حين تمسك قرار بلانكو باختصاص القضاء الإداري رغم تشابه المعطيات في النزاعين.

فانطلاقاً من هذا القرار انتهى الفقهاء إلى أن المرفق العام لم يَعُد له مفهوم موحّد بل أصبح يأخذ شكلين :

- الأول تقليدي : وهو المرفق العام الإداري
- والثاني جديد : وهو المرفق العام ذو الصبغة الصناعيّة والتجاريّة.

تظهر فائدة هذا التصنيف في كون المرفق العام التقليدي بقي خاضعاً للقانون الإداري بصورة كاملة، أما المرفق العام ذو الصبغة الصناعيّة والتجاريّة فيخضع في جلّ أوضاعه للقانون الخاص وبالتحديد القانون التّجاري[2].

وتبعاً لذلك فقد ظهر أيضاً تقسيم المؤسّسات العموميّة التي تدير هذه المرافق ، فنجد من جهة مؤسّسات عموميّة إداريّة تقوم بتسيير المرافق التقليديّة للدّولة، ومن جهة أخرى مؤسّسات عموميّة ذات صبغة صناعيّة وتجاريّة، تختص باستغلال المرافق ذات الأنشطة التجاريّة.

هذا ما يدفعنا إلى التعرّف على مدى خضوع هذه المؤسّسات للقانون التّجاري (ثانياً) ، بعد تتبّع مراحل اكتسابها لصفة التاجر (أولاً).

---

(1) - S. 1924 - 3, p. 34, Concl. Matter, D. 1921 - 3. 1 , concl. Matter, G.A.J.A, 11è. éd., Arrêt n°40, p. 213.

(2) – بظهور هذا التصنيف لم يَعُدْ معيار المرفق العام يصلح لتعريف القانون الإداري، فاعتمد البعض معياراً بديلاً هو معيار المصلحة العامة، وقال آخرون بمعيار السلطة العامّة. وهذه النظريات لم تسلم من النقد والتفنيد.
– انظر ، البشير التكاري، مرجع سابق، ص 28 وما.

أولاً - المؤسّسة العموميّة واكتساب صفة التاجر:

لئن كان تدخل الدولة المطّرد في الحياة الاقتصاديّة يبرّره السعي لتحقيق التنمية وتدعيم الاقتصاد الوطني، فهذا لا ينفي وجود قصد تحقيق الأرباح. وإذا كان منطقياً عدم إعطاء المؤسّسات الإدارية الصبغة التجاريّة وإلحاقها بالدولة وهياكلها التابعة لها حتى ولو قامت ببعض الأنشطة التّجارية، فالأمر مختلف بالنسبة للمؤسّسات العموميّة ذات الصبغة الصناعيّة والتجاريّة، إذ تقبّل الفقه والقانون فكرة منحها صفة التاجر تدريجياً، مراعاة لمصلحة المتعاملين معها وتشجيعاً لهم. ومن جهة أخرى تدعيمَ قدرة هذه المؤسّسات على الدخول في الميدان الاقتصادي والتّجاري وتوفير المرونة لها للصمود في وجه المنافسة.

وقد سار المشرّع التونسي بهذا الاتجاه فقبل بإعطاء صفة التاجر لهذه المؤسّسات صراحة(ب) بعد أن تحفّظ في التصريح بذلك(أ).

أ - التحفّظ في التّصريح بصفة التاجر:

بقي المشرع التونسي حتى عهد قريب متردداً في التصريح بصفة التاجر للمؤسّسات العموميّة ذات الصبغة التجاريّة، وكان يستخدم عبارات تشبيه تؤكد تحفظه في تلك الفترة تجاه قبول إعطاء صفة التاجر لهذه المؤسّسات.

ويمكن استعراض بعض الأمثلة لذلك :

1- المرسوم عدد 15 لسنة 1961 المتعلّق بإحداث ديوان الأراضي الدوليّة [1]، إذ ينصّ الفصل الأول منه على أنّه : «أحدثت مؤسّسة عموميّة محرزة على الشخصية المدنيّة والاستقلال المالي يطلق عليها اسم (ديوان الأراضي الدوليّة).

يعتبر هذا الديوان بمثابة تاجر في معاملاته مع الغير...» وبنفس المعنى وبحرفية التشبيه ذاتها جاءالفصل الأول من المرسوم المتعلّق بإحداث الديوان

---

(1) - المرسوم عدد 15 المؤرّخ في 30 سبتمبر 1961، رائد رسمي. مؤرّخ في 29 - 30 سبتمبر 1961، ص 1584.

- انظر ، تع. مد. عدد 19511 مؤرّخ في 15 فيفري 1990، ن.مح. تع. 1990، ص 248.

القومي للمناجم[1] ، إذ تنص الفقرة الثانية من هذا الفصل على :«أنّ هذا الديوان خاضع للقانون العام فيما يتعلق بالمادة الجبائيّة. يعتبر هذا الديوان في علاقاته مع الغير بمثابة تاجر ...».

كما استعملت عبارة (بمثابة تاجر) في المرسوم المتعلّق بإحداث الديوان التونسي للتجارة[2] ، وأيضاً في المرسوم المتعلق بالقانون الأساسي للشركة القوميّة للنقل[3].

وفي تكرار هذه العبارة تأكيد من المشرّع على تحفّظه وتحاشيه التصريح بصفة التاجر للمؤسّسات العمومية ذات الصبغة الصناعيّة والتجاريّة.

2 - استعمل المشرّع أحياناً عبارة (مسلك التاجر) بدل عبارة (بمثابة التاجر)، وهي أكثر احتشاماً وأقل دلالة للتعبير عن الطبيعة التجاريّة للمؤسّسة العموميّة، من ذلك ما جاء بالفصل الأول من القانون المتعلق بإحداث الدار التونسيّة للنشر[4] ، إذ ينص على أنّه :«أنشئت مؤسّسة عموميّة ذات صبغة صناعيّة وتجاريّة لها شخصيّة مدنيّة واستقلال مالي اسمها (الدار التونسيّة للنشر).

تسلك الدار التونسيّة للنشر مسلك التاجر في علاقتها مع الغير...».

وقد ذهب المشرّع التونسي إلى أبعد من ذلك أحياناً، ولم يتعرض لصفة التاجر للمؤسّسة العموميّة، كما فعل في الفصل الأول من المرسوم المنّظم للصيدليّة المركزية بالبلاد التونسيّة[5]. أو بالأمر المتعلق بتنظيم المطبعة الرسميّة للجمهوريّة التونسية[6].

---

(1) - مرسوم عدد 9 مؤرّخ في 3 أفريل 1962، رائد رسمي. مؤرّخ في 3 أفريل 1962، ص 443.

(2) - مرسوم عدد 6 مؤرّخ في 3 أفريل 1962، رائد رسمي. مؤرّخ في 3 أفريل 1962، ص 434.

(3) - مرسوم عدد 8 مؤرّخ في 14 مارس 1963، رائد رسمي. مؤرّخ في 15 - 19 مارس 1963، ص 370.

(4) - القانون عدد 54 المؤرّخ في 3 جوان 1966، رائد رسمي. مؤرّخ في 3 جوان 1966، ص 1017.

(5) - مرسوم عدد 2 مؤرّخ في 16 جانفي 1961، رائد رسمي. مؤرّخ في 13 - 17 - 20 جانفي 1961، ص 82.

(6) - أمر عدد 165 مؤرّخ في 18 أفريل 1966، رائد رسمي. مؤرّخ في 22 - 26 - 29 أفريل 1966، ص 782.

ب - التصريح بالصفة التجاريّة للمؤسّسة العموميّة:

يبدو أن المشرّع التونسي أخذ منحىً جديداً، ولم يعد يتحفظ من التصريح بصفة التاجر للمؤسّسات العموميّة ذات الصبغة التجاريّة، وهذه الخطوة الجريئة أنهتْ الجدال القائم حول إمكانية اعتبار هذه المؤسّسات من التجار، ومن الأمثلة على ذلك القانون المتعلق بإحداث المؤسّسة التونسيّة للنشاطات البترولية[1]، إذ ينص الفصل الأول منه على أنّه :«أحدثت مؤسّسة عمومية ذات صبغة صناعيّة وتجاريّة تتمتع بالشخصيّة المدنيّة والاستقلال المالي تسمى (المؤسّسة التونسية للنشاطات البترولية).

وتعتبر هذه المؤسّسة تاجرة في علاقاتها مع الغير وهي موضوعة تحت إشراف وزارة الاقتصاد الوطني».

كما صرّح المشرّع التونسي أيضاً بصفة التاجر لوكالة مواني‌ء وتجهيزات الصيد البحري المحدثة بالقانون عدد 32 لسنة 1992 وذلك بالفصل الأول منه[2]. وأيضاً بالقانون المتعلّق بإحداث وكالة النهوض بالاستثمار الخارجي[3]، الذي ينصّ الفصل الأول منه على أنه :«أحدثت مؤسّسة عموميّة ذات صبغة صناعيّة وتجاريّة تتمتّع بالشخصيّة المدنيّة وبالاستقلال المالي أطلق عليها اسم (وكالة النهوض بالاستثمار الخارجي)، وتعتبر الوكالة تاجراً في علاقاتها مع الغير...».

ثانياً - المؤسّسة العموميّة وأحكام القانون التّجاري :

إذا كان المشرّع التونسي قد منح في أكثر من موضع -وبصورة صريحة- صفة التاجر القانونيّة للمؤسّسات العموميّة التي تكون ذات صبغة صناعيّة وتجاريّة. فهل هذا يعني أنها تخضع لنفس النظام القانوني الذي يخضع له التجّار في القطاع الخاص ؟

في الواقع أن المؤسّسات العموميّة ذات الصبغة الصناعيّة والتجاريّة تخضع مبدئياً لأحكام القانون التّجاري(أ)، إلا أن خصوصيتها تفرض استبعاد بعض أحكامه وعدم تطبيقها على هذه المؤسّسات(ب).

---

(1) - القانون عدد 22 مؤرّخ في 10 مارس 1972، رائد رسمي. مؤرّخ في 10 - 14 مارس 1972، ص 350.

(2) - القانون عدد 32 مؤرّخ في 7 أفريل 1992، رائد رسمي. مؤرّخ في 10 - 14 أفريل 1992، ص 427.

(3) - القانون عدد 19 المؤرّخ في 6 فيفري 1995، رائد رسمي. مؤرّخ في 10 فيفري 1995، ص 337.

أ - المبـــدأ : الخضـوع لأحكـام القانـون التّجـاري

لأن المؤسّسة العموميّة ذات الصبغة الصناعيّة والتجاريّة هي تاجرة، فمن الطبيعي أن نطبق عليها قواعد القانون التّجاري وأحكامه. وبالرجوع إلى التّشريع التونسي نجده يصرّح في الكثير من النصوص المتعلقة بهذا النوع من المؤسّسات بخضوعها للقانون التّجاري، من ذلك مثلاً ما نصّ عليه الفصل 18 من القانون المتعلّق بالتنظيم الصحّي[1]، الذي ينص على أنه : «تتمتّع المؤسّسات العموميّة للصحّة بالشخصيّة المدنية والاستقلال المالي وتعتبر تاجراً في علاقاتها مع الغير، وتخضع للقانون التّجاري...».

كما نصّت الفقرة 2 من ف.1 من القانون عدد 19 لسنة 1995 الذي تعرّضنا له سابقاً على أنّه : «وتخضع وكالة النهوض بالاستثمار الخارجي للتشريع التّجاري...».

من ذلك أيضاً ما جاء بالفصل الأول من القانـون المُحدث للدّيوان الوطـني للاتصالات[2]، إذ تنصّ الفقرة الثانية منه على أنّه : «يخضع الديوان للتشريع التّجاري فيما لا يتعارض مع أحكام هذا القانون».

وبناء على ما سبق يمكن القول إن المؤسّسات العموميّة ذات الصبغة الصناعيّة والتجاريّة يطبق عليها واجبات التجّار والتزاماتهم، كالتسجيل في السجل التّجاري، وهو ما يؤكّده الفصل الثاني من القانون عدد 44 لسنة 1995 المتعلّق بالسجل التّجاري، والذي نصّت الفقرة الرابعة منه صراحة على ذلك الواجب. ومن جهة أخرى تتمتّع بمزايا التجار وحقوقهم (كالملكيّة التجاريّة)[3].

كما يرجع اختصاص النظر في دعاواها التجاريّة، سواء كانت المؤسّسة مُدعياً أو مدعىً عليها للدوائر التّجارية المحدثة بموجب الفصل 40 م.م.م.ت بعد

---

(1) - القانون عدد 63 المؤرّخ في 29 جويلية 1991، رائد رسمي. مؤرّخ في 6 أوت 1991، ص 1142.

(2) - القانون عدد 36 مؤرّخ في 17 أفريل 1995 ، رائد رسمي. مؤرّخ في 25 أفريل 1995، ص 795.

(3) - جاء في قرار تعقيبي صادر في 28 أكتوبر 1982 أنه :«اقتضت الفقرة الثانية من الفصل الأول من القانون عدد 73 المؤرّخ في 3 أوت 1974، أن الديوان القومي للتطهير يعتبر تاجراً في علاقته مع الغير ويخضع لأحكام التشريع التّجاري، وترتيباً على ذلك فإن المحلّ المُعدّ لإيواء ادواته والمعدّات اللازمة للقيام بمهامه يخضع لقانون الاكرية التجاريّة عدد 37 المؤرّخ في 25 ماي 1977...».

- تع. مد. عدد 6037 مؤرّخ في 28 أكتوبر 1982، ن. مح . تع. 1982، ج. 4، ص 172.

تنقيحه وإتمامه بالقانون عدد 43 لسنة 1995 [1] ، بشرط أن يكون الطرف الآخر في الدّعوى تاجراً أيضاً.

ويجوز للمؤسّسات العموميّة ذات الصبغة التجاريّة والصناعيّة أيضاً اللجوء للتحكيم، وهو ما يُستشفّ من الفقرة الخامسة من الفصل 7 من مجلة التحكيم [2].

نتساءل هنا عن مدى خضوع المؤسّسة العموميّة للقانون التّجاري في حال عدم التصريح بصفة التاجر ؟

للإجابة على هذا التساؤل لابدّ من التّفريق بين حالتين :الأولى حالة تحديد نوع المؤسّسة العموميّة والثانية حالة عدم تحديد نوع المؤسّسة.

1 - حالة تحديد نوع المؤسّسة العموميّة :

قد يصرّح المشرّع عند إحداث مؤسّسة عموميّة بكونها ذات صبغة صناعيّة وتجاريّة دون أن يذكر بأن لها صفة التاجر، كما هو الحال بالنسبة إلى القانون المتعلّق بتهيئة المناطق السياحيّة والصناعيّة والسكنية[3]، الذي أحدثت بموجبه ثلاث مؤسّسات عموميّة ذات صبغة تجاريّة وصناعيّة وهي (الوكالة العقارية للسكنى، والوكالة العقارية للسياحة، والوكالة العقاريّة الصناعيّة).

فهل يكفي ذلك لتمييزها عن المؤسّسات العموميّة الإداريّة واخضاعها للقانون الخاص، وتحديداً القانون التّجاري ؟

يبدو أن الأمر موكول للقضاء للبتّ في هذه المسألة من خلال تحليل خصائص كل مؤسّسة، وقد يصعب على القاضي الجزم بصفة التاجر، وخاصة عندما يصف المشرّع المؤسّسة العموميّة بانها ذات صبغة صناعيّة وتجاريّة، ونراه بعد ذلك يقرّ لها بوظائف إداريّة[4].

---

(1) - رائد رسمي. مؤرّخ في 9 ماي 1995، ص 1047.

(2) - صدرت بالقانون عدد 42 المؤرّخ في 26 أفريل 1993، رائد رسمي. مؤرّخ في 4 ماي 1993، ص 580.

(3) - انظر، القانون عدد 21 المؤرّخ في 14 أفريل 1973، رائد رسمي. مؤرّخ في 17 - 20 أفريل 1973، ص 701.

- انظر أيضاً، القانون عدد 69، المؤرّخ في 1 أوت 1981 المتعلق بإحداث وكالة التهذيب والتجديد العمراني، رائد رسمي. مؤرّخ في 7 أوت 1981، ص 1888.

(4) - انظر، قرار استئنافي رقم 105 (قضية عدد 54) تاريخ 19 أكتوبر 1976، مج. قر.إداريّة، لعام 1976 ، ص 96.

هذه الازدواجية تحتّم على القاضي ترجيح الطبيعة التجاريّة أو الإداريّة لتأكيد صفة التاجر أو نفيها تبعاً لذلك، مع الأخذ بالمعايير المعتمدة لإعطاء صفة التاجر إذا كانت المؤسّسة على شكل شركة خفيّة الاسم (وهو الشكل الغالب) فتعتبر تجاريّة بشكلها، مع العلم أن المؤسّسة لا تصبح فعلاً شركة خفيّة الاسم، وما إلباسُ المؤسّسة العموميّة شكلَ الشركة إلا افتراض[1]، لعدم وجود المساهمين، وعدم توزيع الأرباح، وغير ذلك من أركان أساسية لقيام الشركة.

أما إذا لم تكن المؤسّسة العموميّة على شكل شركة، فما هو المعيار الذي يعتمده القاضي لتقرير صفة التاجر ؟

في هذه الحال يكون من المستحسن أن يقوم القاضي بالتأكد من أنّ المؤسّسة تمارس نشاطاً تجارياً بصورة رئيسة، حتى يتمكن من إضفاء صفة التاجر القانونيّة عليها (أو اعتبارها بمثابة تاجر)، لأن المشرّع أحياناً يُكسي المؤسّسة العموميّة الصبغة الصناعيّة والتجاريّة بهدف الاستفادة من مرونة القانون التّجاري وتطبيق قواعده على هذه المؤسّسات رغم أنّها لا تباشر نشاطاً تجارياً بصورة فعليّة.

ويمكن للقاضي الاستناد إلى طبيعة العلاقة بين المؤسّسة والمتعاملين معها كمعيار يستشف منه صفة التاجر، فالمتعاملون مع المؤسّسات العموميّة التي تباشر نشاطاً تجارياً بصورة فعليّة لهم مركز الحرفاء، في حين يكون مركزهم كمنتفعين Usagers في غيرها[2].

2 - حالة عدم تحديد نوع المؤسّسات العموميّة :

قد يكتفي المشرّع بإحداث مؤسّسة عموميّة دون أن يحدّد نوعها وصبغتها، من ذلك مثلاً ما جاء بالفصل الأول من القانون عدد 49 لعام 1990 [3] ، إذ ينصّ على أنّه : «أحدثت مؤسّسة عموميّة تتمتّع بالشخصيّة المدنيّة والإستقلال المالي يطلق عليها اسم (مؤسّسة الإذاعة والتلفزة التونسيّة).

تخضع مؤسّسة الإذاعة والتلفزة التونسيّة لإشراف الوزير المكلف بالإعلام ويكون مقرّها تونس العاصمة».

---

(1) - علي البارودي ، في سبيل نظام قانوني موحّد للمشروع التّجاري العام ، مرجع سابق ، ص 18.

(2) - انظر، أكثم أمين الخولي، دراسات في قانون النشاط التّجاري الحديث للدولة، مرجع سابق، ص 28.

(3) - رائد رسمي. عدد 23 مؤرّخ في 15 ماي 1990، ص 613.

من الطبيعي في هذه الحالة أن تكون مهمّة القضاء أكثر صعوبةً. ويقول الأستاذ التكّاري : «وإذا كان هذا الإحجام أو هذا التقصير من جانب المشرّع مباحاً قبل نشأة المحكمة الإدارية، فإنّه يصبح في حدّ ذاته صعوبةً وحاجزاً للمتقاضين، طالما أن وصف المؤسّسة العموميّة يحدّد اختصاص القاضي الإداري...»[1].

وقد عُرضت هذه الصعوبة أمام المحكمة الإداريّة عدّة مرّات. فجاء في أحد قراراتها الصادرة في 17 جانفي 1979 أنّه :«للمحكمة أن تُبرز صبغة المؤسّسة العموميّة في صورة صمت القانون عن ذلك ...»[2].

الواقع إن مهمّة القاضي تزداد صعوبة إذا كانت المؤسّسة العموميّة تمارس نشاطاً تجارياً وبنفس الوقت تقوم بوظائف إداريّة، فهذه الطبيعة المزدوجة لنشاط المؤسّسة العمومية قد يجعلها شبيهة بالحِرفي الذي يمارس أيضاً نشاطاً تجارياً بصورة متوازية مع عمله الحِرفي.

يتوجّب على المشرّع تلافي هذه الصعوبة بالتنصيص صراحة على الصبغة التجاريّة للمؤسّسات العموميّة في القانون المُنشيء لها، وبصورة قاطعة لا تثير أيّة شكوك، لما في ذلك من أهمية في تحديد الاختصاص القضائي من جهة، وتطبيق قواعد القانون التّجاري من جهة أخرى.

ويرى البعض أن إعطاء المؤسّسة العموميّة الصفة التجاريّة يُكسبها حتماً صفة التاجر، فالأستاذ الخولي مثلاً يقول : «...لا يستقيم من وجهة نظر القانون التّجاري - أن تخضع هذه المؤسّسات لأحكام هذا القانون دون أن تكتسب صفة التاجر ، فإذا قيل بأن هذه المشروعات ليست تجاراً بل هي فقط مشبّهة بالتجار، فقد يكون لهذا القول جدواه من الناحيةالنظريّة، لأنّه يبقي على البناء التقليدي لفكرة التاجر، ولكنه يدخلنا في دائرة النقاشات اللفظيّة...»[3].

البعض من التشريعات منحت صراحة - وبنصّ عام - صفة التاجر لبعض مؤسّسات الدّولة العموميّة، من ذلك ما جاء بالفقرة الثانية من الفصل 16 من القانون التّجاري الكويتي والتي تنصّ على أنّه : «تثبت صفة التاجر للشركات التي تنشئها أو تملكها الدّولة وغيرها من الهيئات العامة، والمؤسّسات العامّة

---

(1) - البشير التكاري، مرجع سابق، ص 151.

(2) - قضية عدد 295 (محمد بن علي الجويني ضد الصندوق القومي للضمان الاجتماعي). قرار مؤرّخ في 17 جانفي 1979، مج. قر. إداريّة 1979، ص 6.

(3) - أكثم الخولي، دراسات في قانون النشاط التّجاري الحديث للدّولة، مرجع سابق، ص 170.

التي تقوم بصفة أساسية بنشاط تجاري، وللمنشآت التابعة لدولة أجنبية والتي تزاول نشاطاً تجارياً في الكويت، وتسري على جميع هذه الهيئات الأحكام التي تترتب على صفة التاجر، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك».

أمّا القانون التجاري العراقي فقد تحفّظ قليلاً في الصياغة، ومع ذلك فقد أخضع المؤسّسات العموميّة للنظام القانوني للتاجر [1].

والحقيقة أن طبيعة المؤسّسة العمومية ذات الصبغة التجاريّة وارتباطها بفكرة المرفق العمومي والمصلحة العامة يجعل من المنطقي عدم المساواة التامة بينها وبين تجار القطاع الخاص إذ أن لها خصوصية تنفرد بها.

ب - الاستثناء : استبعاد بعض أحكام القانون التّجاري

يبدو أن الصبغة التجاريّة للمؤسّسة العمومية ناقصة[2]، حيث استقرّ الفقه على عدم إخضاع المؤسّسات العموميّة ذات الصبغة التجاريّة للآثار المترتبة على هذه الصفة إذا كانت تمس من هيبة الدولة (وخاصة نظام الإفلاس والتصفية القضائيّة).

وقد نصّت بعض القوانين على ذلك صراحة، كما هو الحال بالنسبة للقانون عدد 32 لسنة 1992 الآنف الذكر والمتعلّق بوكالة موانيء وتجهيزات الصّيد البحري، الذي جاء في الفقرة الثانية من فصله الأول على أنّه :«تعتبر هذه الوكالة تاجراً في علاقاتها مع الغير وتخضع لأحكام التشريع التّجاري عدا ما يتعلّق منها بالتفليس وبالصلح الاحتياطي وفي حدود ما لا يتعارض منها وهذا القانون والنصوص الصادرة لتطبيقه».

وبما أنّ نظام الصلح الاحتياطي قد ألغي بموجب الفصل 2 من القانون عدد 35 لسنة 1995[3]، واستبدل بنظام إنقاذ المؤسّسات المنصوص عليه بالقانون عدد 34 لسنة 1995، فهذا يجرّنا للتساؤل : هل أن المؤسّسات العموميّة ذات الصبغة الصناعيّة والتجاريّة تخضع لنظام الإنقاذ أم لا ؟

---

(1) - ينصّ الفصل 10 من القانون التجاري العراقي على أنّه : «تسري على مؤسسات القطاع الاشتراكي الأحكام المتعلقة بالتاجر المنصوص عليها في القانون بالقدر الذي لا يتعارض مع طبيعة الخدمات التي تؤدّيها».

(2) - انظر بحثنا «قيام صفة التاجر في التشريع التونسي»، مرجع سابق، ص 174.

(3) - يتعلق القانون عدد 35 المؤرّخ في 17 أفريل 1995 باتمام وتنقيح بعض أحكام المجلّة التجاريّة، منشور بالرائد الرسمي. عدد 33 المؤرّخ في 25 أفريل 1995، ص 795.
- انظر، نجيب الفقي، مقالة سابقة، قت. فيفري 1994، ص 24 وما بعد.
- أيضاً، محمد بن حميدة، مقالة سابقة، قت. أكتوبر 1994، ص 102 و 103.

بالرّجوع إلى الفصل الثالث من قانون إنقاذ المؤسّسات التي تمرّ بصعوبات اقتصاديّة عدد 34 لسنة 1995 ، نجد أنّه يشمل كل المؤسّسات التجاريّة والحرفيّة بصورة مطلقة، إذ ينصّ على أنّه :«ينتفع بهذا النظام كل شخص طبيعي أو معنوي يتعاطى نشاطاً تجارياً أو صناعياً أو حرفياً».

وحيث إن المؤسّسات العموميّة ذات الصبغة الصناعيّة والتجاريّة تعدّ من التجار- وخاصة التي تمارس النشاط التّجاري أو الصناعي فعلياً - وبما أن النص جاء مطلقاً، ولم يستبعد المؤسّسات العموميّة[1] فإنه من الممكن نظرياً إخضاع هذه المؤسّسات لنظام الإنقاذ بما فيه من مزايا أو مساوئ.
وفي ذلك تضييق للفجوة بين المؤسّسات العموميّة ذات الصبغة التجاريّة والصناعيّة والمؤسّسات التجاريّة الخاصّة. إلا أن التحفظ يبقى موجوداً، لأنّ المؤسسة العمومية محميّة من التفليس ، في حين أنّ المؤسّسة الخاصة التي يطبق عليها نظام الانقاذ قد تُفلس في حال فشل التسوية (فصل 27 من قانون انقاذ المؤسسات)، ومن جهة أخرى فإنّ الدولة تتدارك غالباً المؤسسات العمومية التي تمرّ بصعوبات وبطرق خاصة،سواء بدعمها مالياً أو بخصخصتها أو دمجها مع مؤسسة أخرى وغير ذلك.

تخضع المؤسّسات العموميّة ذات الصبغة الصناعيّة والتجاريّة للقانون الخاص في علاقاتها مع أعوانها[2] - خلافاً للمؤسّسات العمومية الإدارية- كما تفصل المحاكم العدليّة في النّزاعات الناشئة بينها وبينهم ، وقد ورد بهذا المعنى القرار التعقيبي الصادر في 19 جوان 1990 إذ جاء فيه :
«يؤخذ من التّعريف القانوني الوارد بنص الفصل الأول من القانون المُحدث للدّيوان القومي للصيد البحري أنه مؤسّسة عموميّة لامحالة، لكنه ذو صبغة صناعيّة وتجاريّة وليس ذا صبغة إدارية... إن جهة القضاء الإداري فاقدة الاختصاص قانوناً في فصل النزاعات التي تطرأ بين طرفي العلاقة الشغليّة المرتبطة مع الديوان المذكور، إنما هي من اختصاص القضاء العدلي...»[3].

---

(1) - انظر، مبروك بن موسى، مقالة سابقة، قت. ديسمبر 1996، ص 12.
(2) - انظر ، النظام الأساسي العام لأعوان الدواوين والمؤسّسات العموميّة ذات الصبغة الصناعيّة والتجاريّة والشركات التي تمتلك الدولة والجماعات العموميّة المحلية رأسمالها بصفة مباشرة وكلياً، الصادر بالقانون عدد 78 المؤرّخ في 5 أوت 1985 (خصوصاً الفصل 3منه) رائد رسمي 9 - 13 أوت 1985، ص 1011.
(3) - تع. مد . عدد 19739 مؤرّخ في 19 جوان 1990، ن. مح. تع. 1990، ص 15.
- انظر بنفس المعنى ، قرار المحكمة الإداريّة عدد 139 (قضية عدد 132) مؤرّخ في 3 ديسمبر 1977، مح. قر. إدارية لسنة 1977، ص 184.

وقد جاء القانون الأساسي عدد 38 لسنة 1996 (والمتعلّق بتوزيع الاختصاص بين المحاكم العدليّة والمحكمة الإداريّة وإحداث مجلس لتنازع الاختصاص)[1] مؤيداً لهذا الاتّجاه، إذ ينصّ الفصل الثاني منه على أنّه :«تختصّ المحاكم العدليّة بالنظر في ما ينشأ من نزاعات بين المنشآت العمومية بما في ذلك المؤسّسات العمومية ذات الصبغة الصناعيّة والتجاريّة من جهة، وأعوان هذه المنشآت أو حرفائها أو الغير من جهة أخرى...».

كما تخضع المؤسّسات العموميّة ذات الصبغة الصناعيّة والتجاريّة للضريبة على الشركات، حتى ولو لم تأخذ شكل شركة[2].

وبالرغم من أن المنشآت والمؤسّسات العموميّة يمكن أن تكون صبغتها تجاريّة وتكتسب صفة التاجر القانونيّة ويترتّب على ذلك أغلب آثار هذه الصفة، فإنّها تبقى ذات خصوصية في مجال إحداثها ومراحل تكوينها لارتباطها بالدّولة وتبعيتها لها، مما يخلق لها ازدواجية واختلافاً عن المؤسّسات الخاصة.

الفقرة الثانية : إحداث المؤسّسات العموميّة التجاريّة

تعدّ المؤسّسات العموميّة ذات الصبغة الصناعيّة والتجاريّة إحدى أهم أنواع المنشآت العمومية Entreprises publiques التي تعتبر من المفاهيم المتغيّرة التي يصعب حصرها في تعريف موّحد [3].

فبالرّجوع الى الفصل الثامن من القانون عدد 9 لسنة 1989 المتعلق بالمساهمات والمنشآت والمؤسّسات العموميّة بعد تنقيحه بالقانون عدد 74 لسنة 1996[4] ، نجد انه ينص على أنّه :«تعتبر منشآت عموميّة على معنى هذا القانون :

---

(1) – القانون عدد 38 المؤرّخ في 3 جوان 1996 ، رائد رسمي. مؤرّخ في 11 جوان 1996 ، ص 1213.

(2) – ينص الفصل 45 من مجلة الضريبة الصّادرة في 30 ديسمبر 1989 على أنّه : «تطبّق على الشركات والأشخاص المعنويين الآخرين الآتي ذكرهم مهما كانت غايتهم والذين يمارسون نشاطهم بالبلاد التونسية الضريبة على الشركات...

– ثالثاً : المنشآت العموميّة والهيئات ذات الصبغة الصناعيّة والتجاريّة المتمتّعة بالاستقلال المالي والتابعة للدولة أو الولايات والبلديات...».

(3) - Cf., Mustapha BEN LETAIEF, L'Etat et les entreprises publiques en Tunisie, thèse pour le Doctorat d'Etat en Droit Public, Fac. Dr. Scien. Pol., Tunis, 1996, p. 98 et suiv.

(4) – القانون عدد 74 مؤرّخ في 29 جويلية 1996 ، رائد رسمي. 2 أوت 1996، ص 1939.

- المؤسّسات العموميّة التي لا تكتسي صبغة إداريّة والتي تضبط قائمتها بأمر.
- الشركات التي تمتلك الدّولة رأس مالها كلياً.
- الشركات التي تمتلك الدولة والجماعات المحلية أو المؤسّسات العموميّة أوالشركات التي تمتلك الدولة رأس مالها كلياً، أكثر من 50 % من رأس مالها كل بمفرده أو بالاشتراك...».

كما نصّ الفصل التاسع من نفس القانون بعد تنقيحه وإتمامه بالقانون عدد 102 لسنة 1994 [1] على أنّه :«تعتبر أيضاً منشآت عموميّة البنوك وشركات التأمين التي تمتلك الدّولة بصفة مباشرة أو غير مباشرة 34 بالمائة أو أكثر من رأس مالها كل بمفرده أو بالاشتراك...».

ما يهمنا في هذه الفقرة المنشآت العموميّة التي تملك الدّولة مباشرة أوبصورة غير مباشرة كامل رأسمالها، وهي ما أطلقنا عليه اسم المؤسّسات العموميّة الصرفة، وتشمل المؤسّسات العموميّة ذات الصبغة التجاريّة والصناعيّة بكلّ أشكالها، ولذلك يتعيّن دراسة العناصر المكوّنة لها (أولاً)، وأهم أشكالها (ثانياً).

أولاً - عناصر المؤسّسة العموميّة ذات الصبغة الصناعيّة والتجاريّة:

إن تعريف المؤسّسة العموميّة التجاريّة مسألة تُعتبر مشكلة في حدّ ذاتها وأثارت جدلاً كبيراً[2] ، ولم يتّفق الفقهاء على تعريف موحّد يصلح لكل أنواع هذه المؤسّسات. ولكن يمكن وضع إطار عام يبرز أهمّ عناصرها. باعتبار أنّها كيان اقتصادي(أ) تنفرد الدّولة برأسماله(ب).

أ - كيـــان اقتصـــادي :

تُعتبر المؤسّسة العموميّة ذات الصبغة الصناعيّة والتجاريّة وحدّة اقتصاديّة Entité économique [3] ، تُشكّل أداة القطاع العام للقيام بدوره [4] في

---

(1) - القانون عدد 102 مؤرّخ في 1 أوت 1994، رائد رسمي، مؤرّخ في 9 أوت 1994، ص 1377.

(2) - انظر، محمد أمين عودة، ادارة المشروعات العامة(القضايا والاستراتيجيّات)، مطبوعات جامعة الكويت، ط. 1، 1996، ص 19 وماب.

(3) - Cf., Slaheddine CHERIF et Maher KAMOUN, l'entreprise publique en Tunisie, C.E.R.P., Tunis, 1er éd., 1994, p. 9 et suiv.

(4) - انظر، علي البارودي، القانون التّجاري (القطاع العام وفقاً للقانون 97 لسنة 1983 - المنشاة التجاريّة)، منشاة المعارف، الاسكندرية، 1986، ص 9.

التنمية وتدعيم الاقتصاد الوطني، «وتمثل طابع الدولة الحديثة القائمة على أساس الاقتصاد التدخّلي أو المُوجّه أو المُخطّط...»[1] .

ومن أهم العناصر الذاتية لهذا الكيان أنّه :

1 - تنظيمٌ يمارس نشاطاً اقتصادياً سواء كان إنتاجياً أو خدميّاً ، وفي هذا يشابه المؤسّسات الخاصة، فيتوجّب فيه توفّر رأس المال والعنصر البشري وغيرها من وسائل الانتاج، وخصوصاً في المؤسّسات العموميّة التي تمارس النشاط التّجاري أو الصّناعي فعلياً.

2 - الشخصية المعنويّة : تتمتع المؤسّسات العموميّة ذات الصبغة الصناعيّة والتجاريّة بشخصيّة معنويّة[2] مستقلّة عن الدولة بشكل كبير[3] مما يؤمن لها استقلالية ومرونة في إداراتها وتسييرها.

وينتج عن وجود الشخصيّة المعنوية المستقلة كل ما يستتبعها من أهليّة ومقرّ وجنسية واسم وذمّة مالية وميزانية مستقلّة وغيرها[4] .

بالرجوع إلى القوانين المُنشئة لمؤسّسات عموميّة ذات صبغة تجاريّة وصناعيّة ،نلاحظ أن أغلبها تصرّح بوجود الشخصيّة المعنويّة لها، من ذلك مثلاً ما جاء في الفصل الأوّل من قانون 22 لسنة 1968[5] الذي ينصّ على أنّه :« أحدثت مؤسّسة عموميّة ذات صبغة صناعيّة وتجاريّة تتمتّع بالشخصيّة المدنيّة والاستقلال المالي أُطلق عليها اسم (الشركة القوميّة لاستغلال المياه وتوزيعها)...».

---

(1) - مروان يوسف الصباغ، قراءة في العقود الإدارية، قت، جويلية 1984، ص 66.

(2) - انظر، محمد صالح العيّاري ، مجلة الالتزامات والعقود في ضوء متغيرات العصر ومستجدّاته الحضريّة، مطبعة فن الطباعة، تونس، ط. 1، 1997، ص 46 وماب.

(3) - انظر، أكثم أمين الخولي، دراسات في قانون النشاط التّجاري الحديث للدّولة، مرجع سابق، ص 19 و ما ب.

(4) - انظر، أكرم ياملكي وباسم محمد صالح، مرجع سابق، ص 309 وماب.
- أيضاً ، أميرة صدقي، مرجع سابق، ص 3 وما ب.
- أيضاً، زغدود علي، المؤسّسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي في الجزائر ، رسالة دكتوراه دولة في القانون العام، جامعة الجزائر، نشر مشترك (الشركة الوطنية للنشر والتوزيع والمؤسّسة الجزائرية للطباعة)، 1982، ص 69 وماب.

(5) - قانون عدد 22 مؤرّخ في 2 جويلية 1968 ، رائد رسمي، مؤرخ في 2 جويلية 1986 ، ص 872.

وكذلك ما جاء في الفصل الأول من القانون عدد 115 لسنة 1993 [1] الذي ينصّ على أنّه :«أحدثت مؤسّسة عموميّة ذات صبغة صناعيّة وتجاريّة تتمتع بالشخصيّة المدنيّة والاستقلال المالي تسمى (المركز الوطني للعلوم والتكنولوجيا النوويّة)...»[2] .

ب - انفراد الدولة برأس المال :

إنّ ما يميز المؤسّسات العموميّة ذات الصبغة الصناعيّة والتجاريّة من المؤسّسات الخاصة هو ملكيّة الدّولة لكامل رأسمالها، ولا يوجد أي مساهمة للخواص فيها. ولهذا فإنه من الطبيعي أن تختلف عن مؤسّسات القطاع الخاص على الأقلّ من حيث الإنشاء والإدارة.

1 - من حيث الإنشاء :

في حين أن المؤسّسات الخاصة تنشأ بإرادة المؤسّسين لها وإتمام الاجراءات التي يفرضها القانون عليهم، فإن المؤسّسات العموميّة يتمّ إنشاؤها بمقتضى قانون أو مرسوم (فصل 34 من الدستور) [3] ، لأنها من أشخاص القانون العام رغم تمتّعها بالكثير من خصائص أشخاص القانون الخاص [4] .

وفي هذا المعنى يقول الأستاذ مصطفى العوجي : «وما عدا كون تلك المؤسّسات مملوكة للدولة وتستاثر بنشاط اقتصادي معين، فإنها تبقى في تعاملها مع الغير بمنزلة المؤسّسات الخاصّة من حيث تعاقدها ومسؤوليتها والتزاماتها وخضوعها لصلاحية المحاكم العادية. إلا أنّ هذه المؤسّسات غير معرضة للحجز أوالإفلاس لأن أموالها هي أموال عامة، ولأن ملاءتها مفترضة كما هو حال ملاءة الدّولة مالكتها...» [5] .

---

(1) - قانون عدد 115 مؤرّخ في 22 نوفمبر 1993، رائد رسمي. مؤرّخ في 30 نوفمبر 1993 ، ص 2029.

(2) - انظر أيضاً، الفصل الاول من الأمر عدد 1357 المؤرّخ في 12 نوفمبر 1984 المتعلق بالديوان القومي للأسرة والعمران البَشري، رائد رسمي. مؤرّخ في 20 نوفمبر 1984، ص 2818 (المنقح بالقانون عدد 1 لسنة 1987، رائد رسمي. 13 جانفي 1987 ، ص 35).

(3) - ينص الفصل 34 من الدستور التونسي على أنّه : « تتّخذ شكل قوانين كل النّصوص المتعلقة... بإحداث الدواويين والمؤسّسات العموميّة والشركات أو المؤسّسات القومية...».

(4) - Cf., Jean Pierre THERON, Recherche sur la notion d'établissement public, L.G.D.J., Paris, 1976, p. 97 et suiv.

(5) - مصطفى العوجي، مرجع سابق، ص 354 و 355.

إذن لا يمكن إنشاء المؤسّسات العمومية إلا من طرف السّلطة العامة وبموجب نصّ قانوني، فتتمتّع نتيجة لذلك بدعم الدولة الذي يمنح الطمأنينة للمتعاملين مع هذه المؤسّسات ودائنيها.

2 - من حيث الإدارة :

لأنّ المؤسّسات العموميّة ذات الصبغة الصناعيّة والتجاريّة تقوم بتسيير مرفق عام[1] ، فمن المنطقي أن تُدار هذه المؤسّسات من طرف الدولة مباشرة أوبصورة غير مباشرة. وهذا ما يؤكّده الأستاذ حسين درويش حيث يقول :«إن أرجح المعايير وأحدثها للتفرقة بين المؤسّسات العامّة والخاصّة هو معيار الخلق والإدارة، فحيث تقوم السلطة العامّة بخلق المؤسّسة بأية وسيلة من وسائل الخلق، ثم تتولّى هي إدارتها بطريقة مباشرة أو غير مباشرة - بحيث يكون لها في الحالتين الكلمة الأخيرة في الإدارة - فإنّها تكون مؤسّسة عامة...»[2] .

وخضوع المؤسّسات العموميّة ذات الصبغة الصناعيّة والتجاريّة لإدارة الدّولة يُمكّنها من مراقبتها[3] والإشراف عليها بصورة فعّالة وتسييرها وفق مخطط التنمية الوطنية.

ثانياً - أشكال المؤسّسات العموميّة ذات الصبغة الصناعيّة والتجاريّة :

نشأ القطاع العام تاريخياً - بسبب حركة التأميم La nationalisation[4] ، وخصوصاً بعد انتشار الأفكار الاشتراكية.

---

(1) - Cf., Mohamed KOBTAN, Le régime juridique des contrats du secteur public (étude de Droit comparé algérien et français), thèse pour le Doctorat d'Etat, Institut de Droit et des sciences administratives, Univ. d'Alger, Éd. office des publication universitaires, l'Algérie, 1983, p. 99 et suiv.

(2) - حسين درويش ، مرجع سابق، ص 9.

(3) - انظر، أكثم أمين الخولي، دراسات في قانون النشاط التّجاري الحديث للدولة، مرجع سابق، ص 56 وماب .

- أيضاً ، علي البارودي ، القطاع العام : المنشأة التجاريّة، مرجع سابق ، ص 22 وماب.

(4) - انظر مثلاً ما تمّ بالنسبة لتأميم الكهرباء والغاز في تونس بالمرسوم عدد 8 لسنة 1962، وخصوصاً الفصلين الأول والثاني منه.

«ويقصد بالتأميم نقل ملكيّة مشروع صناعي وتجاري من ملكية الأشخاص إلى الملكيّة العامّة»[1].

ونتيجة لتزايد تدخّل الدّولة في الميدان الاقتصادي قامت - إلى جانب تأميم المشاريع الخاصة - بتأسيس مشاريع عامة من أجل القيام ببعض الوظائف والمهام التي تتصف بدرجة عالية من المخاطر وانخفاض محتمل في أرباحها، وخصوصاً بعد الحرب العالمية الثانية[2].

بالرّجوع الى القوانين المُنشئة للمؤسّسات العموميّة ذات الصبغة الصناعيّة والتجاريّة نلاحظ تعدد أشكال هذه المؤسّسات (ب)، ولكن أهمّها المؤسّسات التي تكون على شكل شركة عامة(أ).

أ - الشركات العامّة :

يقصد بها المؤسّسات العموميّة التي تكون على شكل شركات تملك الدولة رأسمالها كاملاً. وتنشأ بصورة خاصة في المشاريع الإنتاجيّة أو الخدميّة ويكون قصد تحقيق الأرباح غالباً فيها وواضحاً، وتخضع للقواعد العامة للمنافسة [3] باستثناء الشركات التي تمارس نشاطاً احتكارياً.

يمكن أن تكون الشركات العامّة تحت إشراف إحدى الهيئات الحكوميّة [4] أو الوزارات أو حتى مؤسّسة عموميّة أمّ.

وقد يكون نشاط الشركة العامة شاملاً لكل تراب الدّولة أو محصوراً ببعض جهاتها أو حتى خاصاً بمنطقة محدودة[5].

---

(1) - أكرم ياملكي وباسم محمد صالح، مرجع سابق، ص 304 وماب.
- انظر، علي حسن يونس، النظام القانوني للقطاع الخاص والقطاع العام في الشركات والمؤسّسات، دار الفكر العربي، القاهرة، 1967، ص 434 وماب.
- انظر أيضاً، محمد اسماعيل علم الدين، مرجع سابق، ص 243 وماب.

(2) - انظر، محمد أمين عودة، مرجع سابق، ص 55 وماب.

(3) - Cf., Théodore CONDOVASAINITIS, Le secteur public industriel et commercial, L.J.D.J., Paris, 1990, p. 46 et suiv.

(4) - مثال ذلك ما جاء بالفصل الأول من القانون عدد 22 لسنة 1968 المتعلق بإحداث الشركة القومية لاستغلال المياه وتوزيعها، إذ تنص الفقرة الأخيرة من ذلك الفصل على أن :«هذه الشركة موضوعة تحت إشراف كتابة الدولة للتخطيط والاقتصاد الوطني».

(5) - مثال ذلك ما جاء بالمرسوم عدد 21 لسنة 1981، إذ ينصّ الفصل الأول منه :«أحدثت مؤسّسة ذات صبغة تجاريّة وصناعيّة تتمتّع بالشخصيّة المدنيّة والاستقلال المالي يطلق عليها اسم (شركة الميترو الخفيف لمدينة تونس)...».
- رائد رسمي، عدد 66 مورّخ في 27 أكتوبر 1981، ص 2643.

يبدو أنّ المشرّع التونسي يميل إلى إخضاع الشركات العامة للقواعد القانونيّة الخاصة بالشركات خفيّة الاسم، وقد صرّح بذلك في العديد من النصوص المُنشئة للشركات العامة، مثلما هو الحال في الفصل الأول من القانون عدد 22 لسنة 1968 المتعلّق بإحداث الشركة القوميّة لاستغلال المياه وتوزيعها، إذ تنصّ الفقرة الثالثة منه على أنه : «تعتبر هذه الشركة مُتاجرة في علاقاتها مع الغير وتنطبق عليها أحكام القانون الخاص بالشركات خفيّة الاسم، عدا ما وقع التنصيص عليه في هذا القانون...»[1].

وهذا يضفي على نشاط تلك الشركات الصبغة التجاريّة لأن الشركات خفيّة الاسم هي شركات تجاريّة بالشكل (فصل 15 م.ت.).

ب - أشكال أخرى للمؤسّسات العموميّة :

يبدو أن المشرّع التونسي لم يعتمد لإنشاء المؤسّسات العموميّة ذات الصبغة التجاريّة والصناعيّة شكلاً واحداً، فقد تكون شركةً أو ديواناً أو وكالةً أو معهداً أو صندوقاً أو مندوبيةً أو مركزاً أوغير ذلك من الأشكال، ويمكن ملاحظة ذلك بوضوح من الأمر عدد 1025 المؤرّخ في 29 أوت 1985 [2] الذي أورد قائمة من المؤسّسات العموميّة ذات الصبغة التجاريّة.

يمكن تقسيم هذه المؤسّسات الى صنفين : الأول يمارس النشاط التّجاري فعلياً والثاني لايمارس النشاط التّجاري بصورة فعليّة.

1 - مؤسّسات عموميّة تمارس النشاط التجاري فعليّاً :

إنّ غالبيّة المؤسّسات العموميّة ذات الصبغة التجاريّة والصناعيّة تمارس نشاطاً تجارياً، حتى لو كان هدفها الأساسي تنظيمياً أو تخطيطاً، فمثلاً (ديوان

---

(1) - انظر بنفس المعنى ، الفصل 3 من المرسوم عدد 8 لسنة 1962 المتعلّق بإحداث الشركة التونسية للكهرباء والغاز وتنظيمها.

(2) - رائد رسمي، عدد 62 مؤرّخ في 6 - 10 سبتمبر 1985 ، ص 1105.

الحبوب والبقول الغذائية وغيرها من المنتجات) المُحدث بالمرسوم عدد 10 لسنة 1962 [1] هو مؤسّسة متعدّدة الأهداف ، كالشراء والبيع والترويج والتوريد والتصدير[2].

هذا النوع من المؤسّسات يشابه كثيراً نظام الشركات العامة ويتشارك معه في طرق الإدارة والتسيير وغيرها من الأحكام المشتركة.

2 - مؤسّسات عموميّة تجاريّة صُوريّة :

تختلف هذه المؤسّسات عن سابقتها بعدم ممارستها لأنشطة تجاريّة، ومع ذلك تحمل الصبغة التجاريّة والصناعيّة في تسميتها أو تصنيفها، كوكالة تطوير التمويلات[3]، والديوان القومي للأسرة والعمران البشري، والمؤسّسات العموميّة

---

(1) - رائد رسمي. عدد 18 مؤرّخ في 3 أفريل 1962 ، ص 447.

(2) - ينص الفصل 2 من المرسوم عدد 10 لسنة 1962 على أنه : «يهدف هذا الديوان بالخصوص للأمور الآتية :

1 - تنظيم ومراقبة وتحسين إنتاج القطن والحبوب والبقول الغذائية بالبلاد التونسية.

2- إعداد برامج لإيجاد التعادل بين الموارد والحاجيات .

3- تنظيم ومراقبة سوق المنتوجات المشار إليها بالفقرة 1 ومتفرعاتها والإتجار فيها.

4- القيام بجميع عمليات الشراء والبيع قصد إتمام التموين أو ترويج الكميات الزائدة.

5- تنظيم إنتاج وتوزيع العلف للدواب، وغير ذلك من المواد الفلاحيّة اللازمة للفلاحة عند الاقتضاء.

6- القيام في حق الدولة بجميع العمليات المتعلقة بالمنتوجات الفلاحية حسب شروط تبيّن بمقتضى أمر.

ويختص الديوان المذكور بعمليات توريد وتصدير الحبوب والبقول الغذائية والمنتوجات المتفرّعة عنها وأسلاك القطن...».

- انظر أيضاً ، الفصل 2 من المرسوم عدد 2 لسنة 1961 المتعلق بتنظيم الصيدليّة المركزيّة بالبلاد التونسية.

- أيضاً ، الفصلان 2 و 4 من القانون عدد 32 لسنة 1992 المتعلق بإحداث وكالة مواني وتجهيزات الصّيد البحري.

(3) - انظر، الفصلان 4 و 5 من الأمر عدد 19 لسنة 1973، رائد رسمي. مؤرّخ في 9 - 12 - 16 جانفي 1973، ص 100.

للصحة[1] ووكالة التحكّم في الطاقة[2]، والمندوبيّة العامة للرّياضة[3]، والمؤسّسة التونسيّة لحماية حقوق المؤلّفين[4]، ووكالة النهوض بالاستثمار الخارجي[5]، والمركز الوطني للعلوم والتكنولوجيا النوويّة[6].

هذا النوع من المؤسّسات يمنحه المشرّع الصبغة التجاريّة والصناعيّة ليستفيد من مزايا التجّار في معاملاته مع الغير ومنح الثقة للمتعاملين معه.

وإلى جانب المؤسّسات العموميّة الصرْفة توجد المؤسّسات التي تساهم الدّولة بجزء من رأسمالها، فإذا ما تجاوزت مساهمتها حداً معيناً يمكن أن ندرجها في المنشآت العموميّة، وهي ما تجوز تسميتها بالمؤسّسات شبه العموميّة أومؤسّسات القطاع المشترك. حيث تكون الدّولة مجرّد شريك في هذا النوع من المؤسّسات مما يدفعنا لمعرفة النظام القانوني لها ومدى صبغتها التجاريّة.

---

(1) – انظر ، الفصل 18 من القانون 63 لسنة 1991 المتعلق بالتنظيم الصحي، والفصل الأول من القانون عدد 116 لسنة 1993.

(2) – انظر، الفصل 2 من المرسوم عدد 8 لسنة 1985 المتعلق بالاقتصاد بالطاقة، رائد رسمي. مؤرخ في 20 سبتمبر 1985، ص 1185.

(3) – انظر، الفصل 2 من القانون عدد27 لسنة 1992، رائد رسمي. مؤرّخ في 3 – 7 أفريل 1992، ص 404.

(4) – انظر، الفصل 49 من القانون عدد 36 لسنة 1994 المتعلق بالملكية الأدبيّة والفنيّة.

(5) – انظر ، الفصل 3 من القانون عدد 19 لسنة 1995.

(6) – انظر، الفصل 2 من القانون عدد 115 لسنة 1993.

المبحث الثاني : مؤسّسات القطاع المُشترَك

تُمارس التجارة في الكثير من الدول من خلال ثلاثة قطاعات :

- القطاع الخاص : ويضمّ أصحاب الحِرف التجاريّة والمؤسسات الفرديّة والجماعيّة التي لا تساهم الدولة فيها.

- القطاع العام : ويضم المؤسسات العموميّة التجاريّة والشركات التي تملك الدولة كامل رأسمالها بصورة مباشرة أوغير مباشرة.

- القطاع المشترك : ويطلق عليه أيضاً مؤسّسات الاقتصاد المختلط Economie mixte حيث تكون الدولة شريكة مع الخواصّ أو مع غيرها من الدول في هذه المؤسسات، وهي ما يهمّنا في هذا المبحث، الذي نتعرّض فيه إلى إنشاء مؤسّسات القطاع المشترك (الفقرة الأولى) ثم صبغتها التجاريّة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : إنشاء مؤسّسات القطاع المشترك

تعتبر شركات الاقتصاد المختلط إحدى وسائل الدّولة في التدخّل بالحياة الاقتصاديّة لتحقيق المصلحة العامّة[1]، وهذه الطريقة من التدخّل لجأت اليها الدّولة في البداية استثنائياً وحسب الحاجة،«كأن يقع رأس المال الخاص في أزمة يعجز عن المرور فيها، فتتدخّل الدّولة لإنقاذ الموقف كشريكة في رأس المال، أو أن يكون هناك قطاع معين لايُقبِل عليه رأس المال الخاص وحده، للأخطار التي يتعرّض لها ولضخامة أعباء الاستغلال على الأقل في المراحل الأولى، فتتدخّل الدّولة للتشجيع والمشاركة...»[2].

إلا أن الازدهار الكبير لهذا النوع من الشركات شجع على التوسّع فيها والاهتمام بنظامها القانوني، مما جعل الطابع الاستثنائي لها يضمحلّ تدريجياً. ويبدو أن هذه الشركات انتشرت بصورة كبيرة في البلدان النّامية والمتخلّفة

---

(1) - Cf., Ali DJELLOULI, Le particularisme de la société d'économie mixte par rapport à la société anonyme, mémoire pour le Diplôme d'Etudes Supérieures de Droit Privé,Fac. Dr. Scien. Pol. Econ., Tunis, 1975 , p.1.

(2) - علي البارودي، في سبيل نظام قانوني مُوحّد للمشروع التجاري العام، مرجع سابق، ج.1، ص 53 و 54.

اقتصادياً ولعبت دوراً كبيراً في تطوير المرافق الحيويّة فيها[1].

أكثر ما يهمّنا في مسألة تكوين شركات الاقتصاد المختلط هو معرفة تصنيفها حسب درجة مساهمة الدّولة فيها(ثانياً)، ولكن قبل ذلك يتعين التعرّف على أصناف الشركاء في هذا النّوع من الشركات (أولاً).

أولاً - الشركاء في المؤسّسات المشتركة :

عموماً تُعرّف شركات الاقتصاد المختلط بكونها : «شركات تساهم الدولة أو إحدى الجماعات العموميّة برأسمالها[2]، فهي شركات مملوكة لشخص أو أكثر من الأشخاص العامة من جهة، ولشخص أو أكثر من الأشخاص الخاصّة من جهة أخرى[3].

أ - الأشخاص العامّة :

تساهم الدّولة مباشرة في بعض الشركات، أوعن طريق إحدى جماعاتها العموميّة المركزيّة أو المحليّة دون أن تكون مساهمتها بكامل رأس مال الشركة، وإلا أصبحت شركة عامّة أو مؤسّسة عموميّة.

وتنتفع الدولة من الأرباح الناتجة عن الشّركة بمقدار نسبة مساهمتها، وكذلك تتحمّل الخسائر شأنها شأن غيرها من الشركاء.

ب - الأشخاص الخاصّة :

يُقصد بهم كل الأشخاص الطبيعيّين أو المعنويّين الذين لا يُعتبرون من الدّولة أوما يُلحق بها من جماعات عموميّة ومؤسّسات وشركات عموميّة وغير ذلك.

---

(1) - مصطفى العوجي ، مرجع سابق ، ص 353.

- Cf. , Marcel SURBIGUET, Les sociétés d'économie mixte dans les pays en voie de développement, thèse pour le Doctorat en Droit , Fac. Dr. scien. Econ., Univ. Paris, 1968, L.G.D.J., Paris, 1970, p. 4 et suiv.

(2) - Cf. , Ali DJELLOULI, Op. Cit., p.1 .

(3) - انظر، محمد اسماعيل علم الدين، مرجع سابق، ص 274.

- Cf., Georges RIPERT et René ROBLOT, Op. Cit. , T.1, p. 1243 et suiv.

ويجوز أن يكون بين هؤلاء دولةٌ أجنبيةٌ أو مؤسّساتٍ غير وطنيّةٍ، وهو ما نراه في الكثير من الشركات الكبرى ذات الصبغة العالمية أو متعددة الجنسيات. إلا أن رقابة الدولة على هذا النوع من الشركات غالباً ما تكون أقلّ من رقابتها على شركات الاقتصاد المختلط الوطنيّة.

ثانياً - تصنيف المؤسّسات المختلطة حسب نسبة مشاركة الدّولة :

يتمّ إنشاء شركات الاقتصاد المختلط عموماً بصورة اتّفاقية Création conventionnelle ، ولكن أحياناً تنشأ بصورة غير اتفاقية Création autoritaire [1] كحالة التأميم الجزئي مثلاً، أوكحالة مآل نصيب أحد الشركاء في شركة خاصة إلى الدّولة لعدم وجود الوارث وغير ذلك.

يمكن أن نصنّف هذا النّوع من الشركات إلى شركات وطنيّة (عندما لايوجد فيها شريك أجنبي)، وشركات دُوليّة (كأن تكون مثلاً متعددة الجنسيات). إلاّ أن التّصنيف الذي يهمّنا هو الذي يأخذ بعين الاعتبار نسبة مساهمة الدّولة في رأسمال الشركة، لتأثير ذلك على النّظام القانوني الذي تخضع له شركات الاقتصاد المختلط ودرجة الإشراف من طرف الدّولة عليها.

وبالرّجوع إلى الفصل الثامن الجديد من القانون عدد 9 لسنة 1989 المتعلّق بالمساهمات والمنشآت والمؤسّسات العموميّة نجده ينصّ على أنّه : «تُعتبر منشآت عموميّة على معنى هذا القانون :

- المؤسّسات العموميّة التي لا تكتسي صبغة إداريّة والتي تضبط قائمتها بأمر.
- الشّركات التي تمتلك الدّولة رأس مالها كلياً.
- الشّركات التي تمتلك الدّولة أو الجماعات المحليّة أو المؤسّسات العموميّة أو الشّركات التي تمتلك الدّولة رأسمالها كلياً، أكثر من 50 % من رأسمالها كل بمفرده أو بالاشتراك.

وتعتبر مساهمات عمومية، مساهمات الدّولة أو الجماعات المحليّة أوالمؤسّسات العموميّة أو الشركات التي تمتلك الدّولة رأسمالها كلياً».

---

(1) - Cf., Roger TAGAND, Le régime juridique de la société d'économie mixte, thèse pour le Doctorat en Droit, 1967, Fac. Dr. Scien. Econ., Univ. Bordeaux, L.G.D.J., Paris, 1969, p.21 et suiv.

وبالتّمحيص بأحكام هذا الفصل نلاحظ أن مؤسسات وشركات الاقتصاد المختلط قد تنتمي للمنشآت العموميّة (أ)، أو أنّ درجة المساهمات العموميّة فيها لا تصل إلى نسبة تجعلها من المنشآت العموميّة (ب).

أ - المنشـــآت العموميّـــة :

لاحظنا أن الفقرة الأولى من الفصل 8 جديد من قانون المساهمات والمنشآت والمؤسّسات العموميّة، اعتبرت شركات الاقتصاد المختلط من المنشآت العموميّة، إذا تجاوزت نسبة مشاركة الدّولة فيها (بصورة مباشرة أو غير مباشرة) نصف رأس مالها.

إلا أنّ الفصل التّاسع من نفس القانون - بعد تنقيحه وإتمامه بالقانون عدد 102 لعام 1994 [1] - جاء بنوع خاص من المنشآت العموميّة يتعلّق بالبنوك وشركات التأمين، إذ ينصّ على أنّه : «تعتبر أيضاً منشآت عموميّة البنوك وشركات التأمين التي تمتلك الدّولة بصفة مباشرة أو غير مباشرة 34 بالمائة أوأكثر من رأسمالها كل بمفرده أو بالاشتراك...».

ب - المؤسّســات ذات المساهمــات العموميّــة :

هي الشّركات التي لا تكون مساهمة الدّولة فيها (المباشرة أو غير المباشرة) أكثر من نصف رأسمالها (باستثناء البنوك وشركات التّأمين).

والمساهمات العموميّة حسب الفقرة الثانية من الفصل 8 من قانون المساهمات والمنشآت والمؤسّسات العموميّة هي :

- مساهمات الدّولة المباشرة.
- مساهمات الجماعات العموميّة المحليّة.
- مساهمات المؤسّسات العموميّة.
- مساهمات الشركات التي تمتلك الدّولة رأسمالها كلياً.

وقد جاء الفصل (9 جديد) من نفس القانون بتعريف المساهمات غير المباشرة، إذ نصّت الفقرة الثانية منه على أنّه :«تعتبر مساهمات غير مباشرة مساهمات المنشآت العموميّة كما وقع تعريفها بالفصل 8 من هذا القانون

---

(1) - القانون عدد 102 المؤرّخ في أول أوت 1994، رائد رسمي. عدد 62 مؤرخ في 9 أوت 1994، ص 1377.

ومساهمات البنوك وشركات التأمين المنصوص عليها بالفقرة الأولى من هذا الفصل...».

وبالمزاوجة بين الفصلين الثامن والتاسع نجد أن هذه المساهمات هي :
- مساهمات المؤسّسات العموميّة التي لا تكتسي صبغة إداريّة.
- مساهمات الشركات التي تمتلك الدّولة رأسمالها كلياً.
- مساهمات الشركات التي تمتلك (الدّولة أو الجماعات العموميّة المحليّة أو المؤسسات العمومية أو الشركات التي تمتلك الدولة رأس مالها كلياً) أكثر من 50 بالمائة من رأس مالها كل بمفرده أو بالاشتراك .
- مساهمات البنوك أو شركات التأمين التي تمتلك الدّولة بصفة مباشرة أو غير مباشرة 34 بالمائة أو أكثر من رأس مالها كل بمفرده أو بالاشتراك.

الفقرة الثانية : الصبغة التجاريّة لمؤسّسات القطاع المشترك

لدراسة الصبغة التجاريّة لهذه المؤسّسات لابدّ من التعرّض لتجاريّة المنشآت العموميّة (أولاً)، ثم لتجاريّة باقي المؤسّسات ذات المساهمات العموميّة(ثانياً).

أولاً - تجاريّة المنشآت العموميّة

بما أن شركات الاقتصاد المختلط التي تتجاوز المساهمات العموميّة فيها نصف رأسمالها[1] - ما عدا البنوك وشركات التأمين التي يكفي نسبة 34 بالمائة من رأسمالها - تُعدّ من المنشآت العموميّة (الفصلين 8 و 9 من قانون عدد 9 لعام 1989)، فهل تعامل معاملة المؤسّسات العموميّة ذات الصبغة الصناعيّة والتجاريّة من حيث خضوعها للقانون التجاري ؟

وللإجابة على هذا التّساؤل يتعيّن التعرّف على الأشكال القانونيّة لشركات الاقتصاد المختلط التي تندرج في إطار المنشآت العموميّة (الشركات شبه العموميّة) (أ) ثم تحرّي مدى انطباق القانون التجاري عليها (ب).

---

(1) - يصح تسمية هذا النوع من الشركات بالمؤسسات شبه العموميّة Semi-publique ، لتجاوز ملكية الدّولة فيها نصف رأسمالها. وهو مصطلح مستخدم لدى العديد من الفقهاء والتشريعات.
- انظر مثلاً ، أكثم أمين الخولي، دراسات في قانون النشاط التجاري الحديث للدّولة (نظرية المشروع العام وشبه العام)، مرجع سابق، ص 13.

أ - أشكال الشركات شبه العموميّة :

تخضع المؤسّسات العموميّة الصرْفة في كثير من أحكامها للنظام القانوني للشركات خفيّة الاسم، وخصوصاً الشركات العموميّة التي كثيراً ما يصرّح بذلك القانون المُنشيء لها ، من ذلك مثلاً ما نصّ عليه الفصل الثالث من المرسوم المتعلّق بإنشاء الشّركة التونسيّة للكهرباء والغاز ، أو الفصل الأوّل من القانون المنشيء للشركة القوميّة لاستغلال المياه وتوزيعها.

فما هي الاشكال القانونية التي تكون عليها الشركات شبه العموميّة ؟

1- بالنسبة للبنوك وشركات التامين :

إذا كان نشاط الشركة المختلطة بنكيّاً أو تأمينيّاً فيكفي أن تكون نسبة المساهمات العموميّة فيها 34 % لكي تعتبر من المنشآت العموميّة.

وبما أن القوانين التونسيّة المنظمة للبنوك وشركات التامين [1] تفرض عليها أن تتّخذ شكل الشركة خفيّة الاسم، وهذا النوع من الشركات - كما هو معلوم - هو من الشركات التجاريّة شكلاً (فصل 15م.ت.) ، فلا تثور بشأنها أي مشكلة، فكل شركة تأمين أوشركة بنكيّة - حتى ولو كانت من المنشآت العموميّة - فهي مجبرة على اتخاذ شكل شركة خفيّة الاسم وإلا اعتبرت شركة غير قانونيّة[2].

2 - بالنسبة لباقي الشركات شبه العموميّة :

رأينا أنّه باستثناء البنوك وشركات التامين، لا تعتبر شركات الاقتصاد المختلط من المنشآت العموميّة ، إلا إذا بلغت نسبة المساهمات العموميّة فيها أكثر من 50 % . فما هي الأشكال القانونيّة التي تكون عليها هذه الشركات ؟

بالنسبة إلى شركات الأشخاص تُستبعد من هذا الميدان، لأنها تقوم على الاعتبار الشخصي وغالباً بين عدد قليل من الأشخاص ويعرفون بعضهم، فلا تقوم شركة اقتصاد مختلط ابتداءً وفق هذه الأنماط من الشركات[3].

---

(1) - انظر الفصل 12 من قانون تنظيم مهنة البنوك والفصل 53 من مجلة التامين .

(2) - بالنسبة لشركات التامين يجوز أيضاً إنشاء شركات تعاونيّة أو صناديق تعاونية (فصل 53 من مجلة التامين).

(3) - قد تصبح الدولة شريكة بهذه الشركات، إذا آلت اليها حصة أحد الشركاء إذا توفي دون وارث (الفصل 87 م.ا.ش)، أو بمصادرة نصيب الشريك لسبب جنائي أو وفاءً لدين وغير ذلك.

يبقى السؤال متعلقاً بشركات الأموال والشركات محدودة المسؤوليّة؟

رغم عدم وجود موانع لقيام شركة اقتصاد مختلط على شكل شركة مقارضة بالأسهم أو محدودة المسؤوليّة[1]، إلا أن الشكل الأكثر انتشاراً والأكثر صلوحيّة هو نموذج الشركات خفيّة الاسم[2].

ب - مدى انطباق القانون التجاري على الشركات شبه العموميّة :

لأن هذه الشركات تعتبر من المنشآت العموميّة، فهي تخضع للكثير من أحكام القانون العام، بالإضافة لإشراف الدّولة عليها ومشاركتها في الإدارة والتصرّف بشؤون الشركة[3].

من جهة أخرى تخضع الشركات شبه العموميّة للقانون التجاري، فيما عدا الأحكام المتعارضة مع طبيعة هذه الشركات، باعتبارها منشآت عموميّة تابعة للدّولة.

1 - الخضوع للنظام القانوني للشركات التجاريّة :

تتميّز المؤسّسات شبه العموميّة في كونها دائماً تأخذ شكل شركة -وتحديداً شركة أموال- في حين المؤسّسات العموميّة ذات الصبغة الصناعيّة والتجاريّة قد تأخذ شكل شركة أو ديوان أو وكالة...

وأغلب الشركات شبه العموميّة تكون خفيّة الاسم، وتنطبق عليها أحكام هذا النّوع من الشركات، فمثلاً يقسم رأسمالها الى أسهم وتقوم بالإشهار

---

(1) - ينص الفصل 7 من قانون الشركات العراقي الجديد رقم 36 لسنة 1983 على أنّه :

«أولاً : تتكون الشركة المختلطة بإتفاق شخص أو أكثر من القطاع الاشتراكي مع شخص أو أكثر من القطاع الخاص، برأس مال مختلط لاتقلّ نسبة مساهمة القطاع الاشتراكي فيه عن 51 % ويجوز استثناءً تكوين شركة مختلطة من شخصين من القطاع المختلط.

ثانياً : تكون الشركة المختلطة مساهمة أو محدودة».

(2) - Cf., Ali DJELLOULI, Op. Cit., p.10 et sulv.

(3) - انظر، رزق الله انطاكي ونهاد السباعي، الحقوق التجاريّة البريّة (الشركات التجاريّة)، ط.4، مديريّة الكتب الجامعيّة بجامعة دمشق، 1990 - 1991، ص 570 وماب.

القانوني[1] والترسيم بالسجلّ التجاري، ولمجلس إدارتها جميع الصلاحيات المنصوص عليها بالمجلة التجاريّة[2].

2 - خصوصيّة الشركات شبه العموميّة :

تظهر خصوصيّة هذه الشركات في المشاركة الماليّة والإداريّة للدّولة، إلى جانب الرقابة الشديدة من طرف الدّولة وتنوّع هذه الرّقابة.

فالفصل الأول من قانون المساهمات والمنشآت والمؤسّسات العموميّة خصّص عدداً من مقاعد مجلس الإدارة للدّولة وجماعاتها العموميّة المساهمة في الشركة، وهي تختلف بإختلاف نسبة المساهمة. وأعفى الفصل الثاني من نفس القانون ممثلي الدّولة والجماعات العموميّة من تقديم أيّ ضمان أومساهمات ضمان.

وحيث إن للقطاع العام غالبيّة الأصوات في الشركات شبه العموميّة «فباستطاعته الاستحواذ على جميع عضويات مجلس الادارة إن شاء ذلك. إلا أنّه ومن الناحية الثانية فإنّ الهدف من القطاع المختلط تكاتف القطاعين الاشتراكي والخاص لتوفير رأس المال وإدارة المشروع وتمكينه من تحقيق أهدافه، وهذه الإدارة المشتركة لايمكن أن تتمّ إلا بمشاركة القطاع الخاصّ في مجلس الإدارة...»[3].

وقد نصّ الفصل 6 من قانون المساهمات والمنشآت والمؤسّسات العموميّة على أنّه : «يُمثّل الدّولة بالجلسات العامة مفوّض خاص، ولا يمكن تعيين مدير عام منشأة بصفة مفوّض خاص بها...».

وفيما يخص الرقابة [4] ، فقد نص الفصل 15 من نفس القانون على أنّه: «يكلّف موظّفون في حالة مباشرة - يطلق عليهم اسم (مراقبو الدّولة) - بمهمّة عامة لمراقبة المنشآت العموميّة الواقع تعريفها بمفهوم هذا القانون...».

---

(1) - Cf. , All DJELLOULI, Op. Cit., p.13 et suiv.

(2) - ينصّ الفصل (10 جديد) من القانون عدد 9 لعام 1989 المتعلّق بالمساهمات والمنشآت والمؤسّسات العموميّة على أنّه :«حُدّد العدد الأقصى لأعضاء مجالس إدارة المنشآت العموميّة بإثني عشر عضواً. ولهذه المجالس الصلاحيات المنصوص عليها بالمجلة التجاريّة، غير أن مداولاتها لا تصبح نافذة المفعول إلا بعد مصادقة سلطة الإشراف...».

(3) - موفق حسن رضا، مرجع سابق، ص 24.

(4) - Cf. , All DJELLOULI, Ibid., p. 62 et suiv.

وتلزم الشركات شبه العموميّة - شأنها شأن كل المنشآت العموميّة - بنشر موازناتها وحسابات التصرف - وعلى نفقتها الخاصة - بالرائد الرسمي سنوياً، حسب منطوق الفصل 14 من قانون المساهمات والمنشآت والمؤسّسات العموميّة[1].

ثانياً - تجاريّة باقي الشركات ذات المساهمة العموميّة :

ونقصد بها الشركات التي لا تبلغ مساهمة الدّولة فيها بصورة مباشرة أو غير مباشرة أكثر من 50 % من رأسمالها (و34 % بالنسبة للبنوك وشركات التأمين). مما يجعلها أقرب إلى الشركات الخاصّة من الشركات العامّة(أ) رُغم رقابة الدّولة عليها(ب).

أ - غلبة الطابع الخاص :

لأنّ الشركات التي لا تساهم الدولة بأغلب رأسمالها لا تعتبر من المنشآت العمومية (عدا البنوك وشركات التأمين)، فهي تخضع للقانون الخاص عموماً وتضعف مراقبة الدولة لها، لأنها تصبح مجرد مساهم عادي .

1 - الدولة مساهم عادي :

سواء كانت مساهمة الدولة مباشرة أو غير مباشرة في الشركات ذات المساهمة العموميّة، فإنّ وضعيتها القانونية لا تختلف عن وضعيّة أي مساهم من القطاع الخاص، وبالتالي يمكن إخضاع هذه الشركات للقانون الخاص في غالبيته، لأنّها لا تعتبر من المنشآت العموميّة، رغم وجود المساهمات العموميّة في رأسمالها.

2 - خضوع الشركة للقانون التجاري :

لأن الشركات ذات المساهمات العموميّة تنشأ عادة على شكل شركات خفيّة الاسم (أو مقارضة بالأسهم أو محدودة المسؤوليّة)، فهي في كل هذه الحالات تعتبر من الشركات التجاريّة حسب منطوق الفصل 15 من المجلّة التجاريّة.

لذا فهي تخضع للأحكام المنظّمة للشركات التجاريّة في تأسيسها وتنظيمها وإدارتها باستثناء الأحكام الواردة في قوانين خاصة بهذه الشركات.

---

(1) - ينص الفصل 14 على أنه :«يجب على المنشآت العموميّة أن تنشر بالرائد الرسمي للجمهوريّة التونسيّة قبل يوم 31 أوت من كل سنة - وعلى نفقاتها الخاصة - موازناتها وحسابات التصرّف والنتائج المتعلّقة بالسنة المنقضية».

ب - رقابة الدولة على الشركات ذات المساهمة العموميّة :

خلافاً للشركات العموميّة وشبه العموميّة، نجد أن هذه الشركات لا تخضع لسيطرة الدّولة أو جماعاتها أو هيئاتها. إلا أنّها قد يقع مراقبتها بصورة بسيطة.

1 - التحرّر من سيطرة الدّولة :

تقترب هذه الشركات من شركات القطاع الخاص[1]، وتخضع للاعتبارات الاقتصاديّة وقوى السوق بصورة عالية جداً، وتتمتّع بالاستقلال الإداري عن الحكومة. حتى إنّ المشرّع العراقي يُدرج هذه الشركات - بصراحة النصّ - في القطاع الخاص، حيث ينص الفصل الثامن من قانون الشركات العراقي[2] على أنّه: «أولاً - تتكون الشركة الخاصّة باتفاق بين شخصين أو أكثر من القطاع الخاص، برأس مال خاص.

ثانياً - استثناءً «من حكم الفقرة (أولاً) يجوز :

أ- ...

ب- مساهمة القطاع الاشتراكي في الشركة الخاصة المساهمة والمحدودة بنسبة تقل عن 51 % من رأس المال...».

ونلاحظ اشتراط المشرّع العراقي مساهمة الدّولة في الشركات الخاصة المساهمة أو محدودة المسؤوليّة حصراً، وهو توجّه محمود، لأن هذه الشركات تناسب الأشخاص المعنويّة وخاصة الشركات خفيّة الاسم منها.

2 - رقابة حكوميّة بسيطة :

لأن هذه الشركات لا تصنّف بين الشركات العموميّة أو شبه العموميّة، فمن المنطقي أن يضعف إشراف الدولة عليها وتقل مراقبتها لها لأدنى درجة.

ويمكن الاستناد الى الفصل 7 من القانون عدد 9 لسنة 1989 المتعلّق بالمساهمات والمنشآت والمؤسّسات العموميّة، لتأكيد وجود المراقبة على الشركات ذات المساهمة العموميّة، إذ ينصّ على أنّه : «تخضع الى المراقبة العامة للمصالح العمومية والمراقبة العامة للماليّة ومراقبة تفقديات الوزارات، المؤسّسات العموميّة ذات الصبغة الصناعيّة والتجاريّة والشركات أو المنشآت مهما كان نوعها، والتي تحصل على إعانة من الدولة في صيغة مساهمة في رأس المال أو إعانات أو قروض أو تسبيقات أو ضمانات».

---

(1) - انظر ، محمد أمين عودة، مرجع سابق، ص 44.

(2) - القانون رقم 36 لسنة 1983، منشور في الرائد الرسمي العراقي (الوقائع العراقية) عدد 2935 المؤرّخ في 18 أفريل (نيسان) 1983، ص 306.

وفي إطار توجّه الدولة الى الخوصصة أو التخلّي الجزئي عن مساهماتها في بعض المنشآت العموميّة، فقد تقوم بتحويل أسهمها الباقية إلى أسهم ممتازة لتضمن بواسطة ذلك شكلاً من المراقبة على الشركة، إذا كانت العمليّة ستفقدها صبغتها العموميّة، من ذلك ما جاء بالفصل (33 ثانياً) من القانون عدد 9 لعام 1989 بعد تنقيحه وإتمامه بالقانون عدد 102 لسنة 1994 الذي نصّ على أنّه : «يمكن بمقتضى أمر تحويل سهم عادي تمتلكه الدّولة في رأس مال منشأة عموميّة إلى سهم امتياز، وذلك قبل عمليّة تؤدّي إلى افتقاد الصبغة العموميّة لهذه المنشأة.

ويمكن أن يتضمّن سهم الامتياز حسب ما يحدده الأمر كلاً أو بعضاً من الحقوق التالية :

1- تعيين ممثل أو ممثلين للدولة في مجلس الإدارة والجلسات العامة للمنشأة دون التمتّع بحقّ الاقتراع...».

وكما نلاحظ أن ممثلي الدّولة في مجلس إدارة الشركة لهم دور مراقبة فحسب، لعدم حقّهم في الاقتراع.

وبهذا نكون قد تعرّفنا على الأشكال القانونيّة التي تمارس من خلالها الأنشطة الرئيسة وتكتسب الصبغة التجاريّة .

خلاصة الجزء الأوّل

إذا تعدّدت الأعمال في إطار متجانس شكّلت نشاطاً، وإذا مارس الشخص نشاطاً رئيساً وبصورة منتظمة، صح اعتباره ممتهناً له إذا توفّرت بعض الشروط.

والمهن قد تكون تجاريّة أو مدنيّة. وتعتبر التفرقة بينهما أمراً عسيراً لتعدّد النظريات والمعايير من جهة، وللحركيّة المستمرة في الميدان الاقتصادي زمانياً ومكانياً، والتطور المتواصل للفكر الاقتصادي والقانوني.

وقد حاول المشرّع التونسي حصر الأنشطة التجاريّة الرئيسة وضبطها، مستنداً إلى أهمّ النظريات الفقهيّة في تحديد العمل التجاري.

وبنظرة شاملة للنصوص القانونيّة نلاحظ أنّ الأنشطة التجاريّة قد تكون حِرفةً أو مؤسسةً.

1 - الحِرفة التجاريّة :

هي ارتزاق الشخص الطبيعي من نشاط يعتبره القانون تجاريّاً. وقد تعرّض لها المشرّع التونسي بصورة رئيسة في الفصل 2 من المجلة التجاريّة، وحاول تحديد أهمّ الحِرف التجاريّة من خلال عرض المعايير الواجب تطبيقها للوصول إلى الصبغة التجاريّة للحِرفة (مضاربة - تداول - توسط - إنتاج)، وعدّد بعض الأنشطة التي تدخل في ميدان الحِرف التجاريّة.

2 - المؤسّسة التجاريّة :

ويتم في نطاقها ممارسة أهمّ الأنشطة، سواء كان ذلك من خلال مؤسّسة فرديّة أو جماعيّة، وهي شكل مُعقّد ومنتظم بصورة أكبر من الحِرفة التجاريّة.

إلاّ أن المشرّع التونسي لم يفرّق بين الحِرفة التجاريّة والمؤسسة الفرديّة التجاريّة رغم الضرورة والأهميّة لهذه التفرقة.

أمّا المؤسّسات التجاريّة الجماعيّة - وأهمّها الشركات - فلم يأخذ المشرّع التونسي بنفس المعايير المعتمدة لتقرير تجاريّة الحِرف، بل اعتمد معياريّ الموضوع والشكل (فصل 15م.ت.) فاعتبر بغض الشركات تجاريّة بمجرد إنشائها على شكل معين، كالشركات خفيّة الاسم ومحدودة المسؤوليّة.

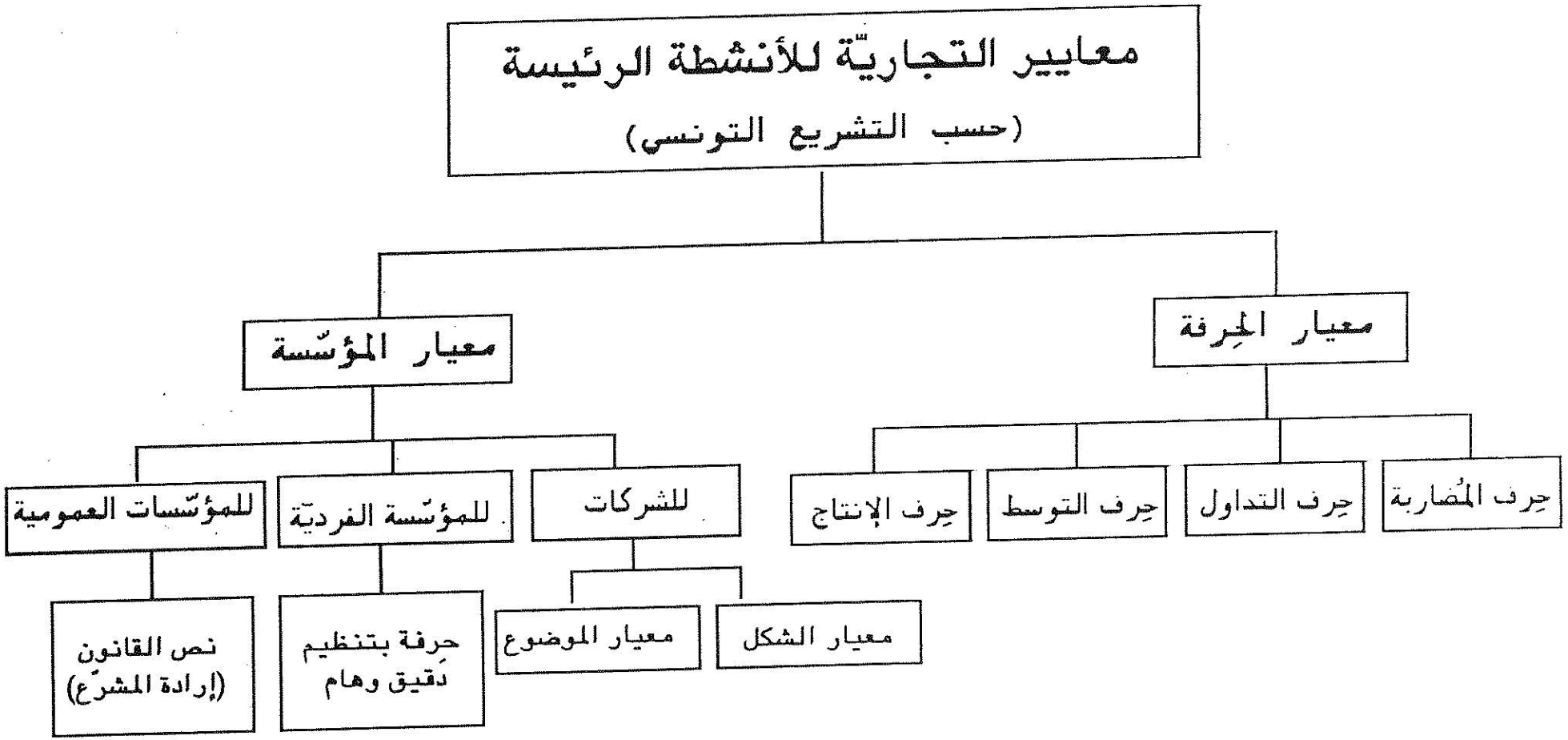
في حين اعتبر أنواعاً أخرى تجاريّة إذا كان موضوعها تجارياً، أي من الأعمال التجاريّة المعدّدة بالفصل 2 م.ت.

كما أن دخول الدّولة في الميدان التجاري أدّى إلى نشوء قطاع تجاري عمومي ضخم، من خلال مؤسّسات عموميّة أو شبه عموميّة أو حتى مجرد مساهمات في القطاع الخاص.

وإذا كان تحديد التجاريّة للشركات العموميّة وشبه العموميّة سهلاً، فإن المؤسّسات العموميّة أثارت إشكاليّة التفريق بين الإداريّة منها أو ذات الصبغة التجاريّة ، وحتى لو صرّح المشرّع بالصبغة التجاريّة لمؤسّسة عموميّة، فقد يدور الشكّ حول الصبغة التجاريّة لنشاطها إذا كانت لاتمارس فعلياً نشاطاً تجارياً.

وإذا كان المشرّع التونسي اكتفى بتوفّر معيار الحِرفة لتقرير تجاريّة بعض الأنشطة الرئيسة، فإنّه اشترط في بعضها الآخر ضرورة توفّر معيار المؤسّسة لكي يصبح ذلك النشاط تجارياً.

وبتجميع المعايير المعتمدة في القانون التونسي لتقرير الصبغة التجاريّة للأنشطة الرئيسة نجد أنها موزّعة وفق الجدول التالي :


معايير التجاريّة للأنشطة الرئيسة
(حسب التشريع التونسي)
معيار الحِرفة
معيار المؤسّسة
حِرف المُضاربة
حِرف التداول
حِرف التوسط
حِرف الإنتاج
للشركات
للمؤسّسة الفرديّة
للمؤسّسات العمومية
معيار الشكل
معيار الموضوع
حِرفة بتنظيم دقيق وهام
نص القانون (إرادة المشرّع)

— جدول عدد (1) —

إن تعدّد هذه المعايير وتنوّعها يدلّ على الإضطراب وعدم القدرة على التحكّم بمسألة التجاريّة، ويؤكّد صعوبتها، خاصة إذا عرفنا أنّ هناك معايير أخرى لتحديد العمل التجاري في إطار غير الأنشطة الرئيسة، سواءأكان يشكل نشاطاً ثانوياً أو تبعياً أوكان مجرّد عملٍ منفردٍ في بعض الأحيان .

الجـــزء الثانـــي

تجاريّـــة غير الأنشطـــة الرئيســـة

إنّ أهمّ ما يميّز الأنشطة التجاريّة الرّئيسة من حرف ومؤسّسات، هو أنّها تمنح صفةَ التّاجر القانونيّة لمن يمارسها، سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً، باعتبارها العمود الفقري للحياة التجاريّة .

إلا أنّه توجد بعض الأعمال والأنشطة الفرعيّة أو الثانويّة التي تسبح في فلك التّجارة، إمّا بصورة مستقلّة ومنفردة (الباب الأول)، أو عن طريق التبعيّة (الباب الثّاني) . والملاحظ أنّ منها ما يكتسي الصّبغة التجاريّة بوضوح، ومنها ما تدور الشّكوك حول تجاريّته .

الباب الأول

الأعمال التجاريّة المنفردة

أبرز الواقع العملي بعض التصرّفات القانونيّة والوسائل والأساليب في التّعامل ، تطوّرت عبر مراحل كثيرة – وخاصة بين التجّار – كالأوراق التجاريّة وغيرها من السّندات القابلة للتداول ، أو ما يقوم به المتسلّلون إلى الميدان التّجاري من صفقات بصورة مستترة، قصد التهرّب من القوانين التي يخضع لها التجّار والالتزامات المفروضة عليهم .

إلاّ أنّ أغلب التشاريع نظّمت هذه المسائل، وحدّدت ما يُعتبر منها تجاريّ الصّبغة وأهمّ الشروط والآثار المترتّبة عنها .

وبالتّالي يتّجه توضيح تجاريّة **السندات القابلة للتّداول** (الفصل الأول)، قبل بيان امكانية إضفاء الصّبغة التجاريّة **للصّفقات** المتفرّقة أو المعزولة (الفصل الثاني).

الفصل الأول

تجاريّة السندات القابلة للتداول

تهدف التّجارة إلى تبادل السّلع والخدمات بسرعة وسهولة دون الحاجة لمعاملات معقّدة ، فالبضاعة المنقولة بحراً مثلاً قد تباع عدّة مرّات قبل استقرارها لدى تاجر التفصيل ، والمضارب على أسهم الشركات لا يستهدف الاحتفاظ بها بل يتحيّن الفرص لبيعها بسعر أعلى ، والتّاجر الذي يشتري من تجّار الجملة ليبيع لتجّار التفصيل قد يحيل التّاجر الذي باعه على التّاجر الّذي اشترى منه،أي إلى شخص آخر له بذمته ديناً .

كلّ هذه الأشكال من المعاملات تطلّبت إيجاد وسائل وطرق تتناسب مع طبيعة التّجارة التي تتميّز بالائتمان والسّرعة[1].

«لذلك كلّه أوجد التعامل التّجاري وسيلة لتمثيل الأعيان والدّيون في أسناد محرّرة بأشكال معيّنة ، يُعتبر حائزها مالكاً للعين أو صاحباً للحق الشّخصي الذي يمثّله السّند...»[2] ، ويطلق على هذه الصّكوك اسم السّندات القابلة للتّداول Les titres négociables [3] .

وهذه السندات هي نوع من الأوراق الشكليّة، المتداولة خاصّة في الميدان التّجاري، بقصد تسهيل التّعامل التّجاري وسرعته، أوالتّقليل من تداول النّقود وخصوصاً في الصّفقات الكبيرة . وهي كثيرة الأنواع والأشكال ، منها ما يمثّل

---

(1) – عبد الله محمد عمران ، الأوراق التجاريّة في النّظام السّعودي ، معهد الإدارة العامّة، الرّياض، ط. 2، 1995 ، ص 9.

(2) – جاك يوسف الحكيم ، الحقوق التجاريّة ، ج. 2 (الأسناد التجاريّة – الأعمال المصرفيّة – العقود التجاريّة) ، مرجع سابق ، 1981 – 1982 ، ص 3.

(3) - Cf., Hervé CAUSSE, Les titres négociables, Litec, Paris, 1993, p. 4 et suiv.
- aussi, Marthe AGO, Théorie Générale des Titres, Thèse Doctorat de 3è.cycle (Droit des affaires), Univ. scien. sociales, Toulouse, 1981, p. 35 et suiv.

حقّاً على بضاعة معيّنة كوثائق الشّحن (Connaissements) ، ومنها ما يشكل صكاً مالياً كالقيم المنقولة (Valeurs mobilières) .

ولكن أهمّ هذه السندات هي ما يطلق عليها اسم **الأوراق التجاريّة** (Effets de commerce)[1] .

وهو ما يبرّر التعرّض لها وتحليلها (المبحث الأول)، قبل **باقي السندات** الأخرى (المبحث الثاني).

---

(1) – اختلفت التّشريعات العربية في تعريب المصطلح الفرنسي Les effets de commerce فهو الأوراق التجاريّة في التّشريع التّونسي ونظيريه اللّيبي والمصري ، وهو الأسناد التجاريّة في التّشريع السّوري ونظيره اللّبناني ، وأقترحُ توحيد وضبط المصطلحات العربية المتعلّقة بهذا الميدان على النّحو التالي: الأوراق التّجارية (Les paplers de commerce) وتقسم إلى :

أ – الصّكوك التجاريّة القابلة للتّداول (Les titres négociables)

ب – الصّكوك التجاريّة غير القابلة للتّداول (Les titres non-négociables)

وتقسم الصكوك القابلة للتداول إلى :

1 – الأسناد التجاريّة (Les effets de commerce)

2 – القيم المنقولة (Les valeurs mobilières).

3 – باقي الصكوك القابلة للتداول

المبحث الأول : الأوراق التجاريّة

عجزت النّقود كأداة للمبادلة عن مواجهة حاجات البيئة التجاريّة على النّحو الملائم. فكانت الأوراق التجاريّة وسيلة لتسهيل التّعامل التّجاري وحتى المدني[1] ، لتقوم مقام النّقود في الوفاء بالدّيون أو لتنفيذ عقد الصّرف (Contrat de change) وغير ذلك من عمليات الائتمان .

«وقد اقتضى تنوّع الأوراق التجاريّة أن أصبح من العسير وضع تعريف ضابط لها، وإن كان ذلك لم يمنع كثيراً من الفقهاء من الاجتهاد في هذا الشّأن. ومهما يكن من أمر المحاولات التي بذلت في سبيل ذلك فهي لا تعدو أن تكون بمثابة الكشف عن خصائص الأوراق التجاريّة ووظائفها ...»[2].

ولأن أغلب التّشريعات العربيّة والأجنبيّة لا تُعرّف الأوراق التجاريّة[3]، فمن المفيد استعراض بعض التّعاريف الفقهية لها .

فالأستاذ ڤوينو GUYÉNOT يُعرّفها بكونها : سندات ورقيّة تمثّل ديوناً تكون عادة قصيرة الأجل .

«Les effets de commerce sont des titres de papier représentant des créances, généralement à court terme»[4].

---

(1) – انظر، أمين محمد بدر ، الالتزام الصّرفي في قوانين البلاد العربيّة ، محاضرات ألقيت على طلبة قسم الدراسات القانونيّة ، معهد الدراسات العربيّة العالية ، جامعة الدول العربيّة ، 1956، ص 1 و2،

– أيضاً ، الهادي محيرصي ، الأوراق التجاريّة ، قت. جوان وجويلية 1966، ص 7 وما ب،

(2) – علي حسن يونس ، مرجع سابق ، ج 5 (الأوراق التجاريّة)، ط. 1974، ص 3.

(3) – انظر ، ادوار عيد ، الأسناد التجاريّة ، ج.1 (مبادئ عامّة – سند السحب – السند لأمر)، مطبعة النجوى ، بيروت ، 1966 ، ص 5 وما ب.

– يبدو أن التشريع العراقي الجديد فَضّل تعريف الورقة التجاريّة، وذلك في الفصل 39 من القانون التجاري لعام 1984، إذ ينصّ على أنّ : «الورقة التجاريّة مُحرّر شكلي بصيغة معينة، يتعهد بمقتضاه شخص أو يأمر شخصاً آخر فيه بأداء مبلغ محدّد من النقود في زمان ومكان معينين ويكون قابلاً للتّداول بالتّظهير أو بالمناولة».

(4) - Jean GUYÉNOT, Op. Cit., T. 2, 1977, p. 875.

ويعرّفها الأستاذان ريبير وروبلو بكونها : سندات قابلة للتّداول توثّق لحاملها وجود دين قصير الأجل ومؤكّد الوفاء.

«L'effet de commerce est un titre négociable qui constate l'existence au profit du porteur d'une créance à court terme et sert à son paiement» [1].

كما عرّفها الأستاذ الأمريكي اندرسون بكونها : وعود مكتوبة أو أوامر بدفع مبلغ مالي يمكن انتقالها بالتّداول[2].

أمّا الأستاذ مصطفى كمال طه فيعرّفها بأنّها : «صكوك قابلة للتّداول تمثّل حقاً نقدياً وتستحقّ الدّفع لدى الاطلاع أو بعد أجل قصير ويجري العرف على قبولها كأداة للوفاء تقوم مقام النقود في المعاملات»[3].

- وهي عند الأستاذ صلاح الدّين الناهي عبارة عن : «وثائق محرّرة وفق أشكال معيّنة وقابلة للتّداول ، يتعهّد المُوقّع عليها بأن يؤدّي لحاملها مبالغ معيّنة من النقود عندما تقدّم إليه هذه الأوراق للوفاء في ميعاد الاستحقاق وهو ميعاد قصير»[4].

وعند الأستاذ أمين بدر هي : «صكوك مكتوبة وفقاً لأوضاع قانونيّة محدّدة وتتضمّن التزاماً بدفع مبلغ معيّن من النّقود في وقت معيّن أو قابل للتّعيين، وتنتقل الحقوق الثابتة فيها بطريق التّظهير أو المناولة ، ويقبلها العُرف التّجاري كأداة لتسوية الدّيون بسبب سهولة تحويلها إلى نقود»[5].

---

(1) - G. RIPERT et R. ROBLOT , Op. Cit. , T. 2 , 14ème éd. , DELTA , 1996, p. 147.

(2) - «Commercial paper includes written promis (such as promissory notes) or orders (such as checks or drafts) to pay mony that may be transferred by the process of negotiation».
- Ronald A. ANDERSON, Business law, South-western publishing CO., west CHICAGO, DALLAS, 11 th. éd., 1980, p. 387.

(3) – مصطفى كمال طه ، القانون التجاري (الأوراق التجاريّة والإفلاس)، الدّار الجامعيّة للطّباعة والنشر ، بيروت ، 1980 ، ص 7.

(4) – صلاح الدين الناهي ، الوسيط في شرح القانون التّجاري العراقي ، ج. 3 (أحكام الأوراق التجاريّة والمصارف والحسابات المصرفيّة)، ط. 2، بغداد، (الناشر غير معروف)، 1951، ص5.

(5) – أمين محمد بدر ، الأوراق التجاريّة في التشريع المصري ، مكتبة النهضة المصريّة ، ط. 2، القاهرة ، 1954 ، ص 5.

والملاحظ في هذه التّعاريف أنّ لها سمتين :

I- النسبية : ما هو منضبط في مكان أو زمان، قد لا يكون منضبطاً في غيرهما .

II- القصور : عدم كفاية أيّ منهم وعدم شموليّته لكل خصائص الأوراق التجاريّة، مما يحدو بنا إلى محاولة بيان أهمّ هذه الخصائص بإيجاز :

- قابليّة التداول : إنّ الأوراق التجاريّة صكوك «يمكن التنازل عنها وانتقال الحقّ الثابت فيها بالطّرق التجاريّة ، وهي التّظهير إذا كانت للإذن، والتسليم إذا كانت للحامل . وتختلف الأوراق التجاريّة بهذه الخاصّية عن سندات الدّيون العادية التي لا تنتقل إلى الغير إلا بطريق الحوالة...»[1].

وهذه الخاصيّة كانت السّبب في انتشار الأوراق التجاريّة والتوسّع في استعمالها، لأنّها توفّر المرونة والسرعة والتخلّص من الاجراءات المعقدة التي تفرضها الحوالة المدنيّة - أو بالأحرى إحالة الدّيون - كالإعلام الثابت التّاريخ الذي يوجبه الفصل 205 م.إ.ع. مثلاً للمحال له وللمدين[2].

- وجوب الكتب : تتضمّن الأوراق التجاريّة بيانات محدّدة قانوناً، محرّرة في صكّ مكتوب تحت طائلة بطلانها كورقة تجاريّة[3] ، ويقصد بهذه الصّيغة الشكليّة أن تكون الورقة بذاتها كافية لإثبات الالتزام دون الحاجة للرّجوع إلى أيّة ورقة أو علاقة أخرى[4] . ومن جهة أخرى لتكون سهلة التداول ويُطمئن إلى استيفائها في ميعاد الاستحقاق[5].

---

(1) - مصطفى كمال طه ومراد منير فهيم ، الأوراق التجاريّة والإفلاس ، الدّار الجامعيّة ، بيروت ، (طبعة غير مؤرّخة) ، ص 9.

(2) - Cf., Youssef KANANI, Droit commercial (Les effets de commerce - le chèque - le virement et la carte de paiement), C.P.U., Tunis, 2ème éd., 1999, p. 10.

(3) - انظر ، هشام فرعون ، القانون التّجاري البرّي ، مرجع سابق ، ج. 2، ط. 1992 - 1993 ، ص 6 و 7.

(4) - انظر ، بيار صفا ، الأوراق التجاريّة في الدّول العربيّة ، معهد الدراسات العربيّة العليا (قسم الدراسات القانونيّة) ، القاهرة ، 1966 ، ص 3.

(5) - علي البارودي ، الوجيز في القانون التّجاري (الأوراق التجاريّة - الإفلاس) ، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر ، الاسكندريّة ، 1968 ، ص 11 و 12.

- **«نقديّة» الورقة التجاريّة** : فموضوعها دائماً مبلغ محدّد من النقود، وهي بذلك تختلف عن العديد من الصّكوك والسندات المتعامل بها في الميدان التّجاري، كوثيقة الشّحن وتذكرة النّقل البرّي أو الجوّي [1]. وهذا الأمر يتّفق مع أهمّ وظائف الأوراق التجاريّة وهي القيام بدور النّقود في المعاملات والوفاء بالدّيون والتعهّدات دون الحاجة إلى استعمال النّقود[2].

- **قصر أجل خلاصها** : تكون الأوراق التجاريّة مستحقّة الدّفع لدى الاطلاع أو بعد فترة قصيرة ، لأنّها تستخدم كوسيلة وفاءٍ أو ائتمانٍ. «وأداء الورقة التجاريّة لهاتين الوظيفتين يستلزم ألا يكون ميعاد استحقاقها بعيداً جداً وإلا فإنّه سيعوق تداولها...»[3] .

وهذه الخاصّية للأوراق التجاريّة تشجّع على قبول التّعامل بها، لأنّها تمكّن من استبدالها بالنّقود (تسييلها) عن طريق خصمها لدى أحد البنوك[4].

- **اعتبار الورقة التجاريّة التزاماً بدفع مبلغ واحد في ميعاد واحد** : فإذا قسّم المبلغ إلى أقساط يستحقّ كلّ منها في ميعاد مختلف، فلا يعتبر السّند من الأوراق التجاريّة[5].

- **وجوب قبول العُرف التّجاري للورقة كأداة وفاء تقوم مقام النّقود** : فلا يكفي لاعتبار السّند ورقة تجاريّة توفّر شروطها الشكليّة والموضوعيّة، بل لابدّ من استقرار التّعامل بها والاعتراف بها كورقة تجاريّة من

---

(1) – انظر ، حسين النوري ، دروس في القانون التّجاري (جزءان) ، مؤسسة دار التعاون للطّبع والنشر ، القاهرة ، ج. 1، 1977 ، ص 11.

(2) – انظر ، سميحة القليوبي ، الموجز في القانون التجاري ، دار الثقافة العربيّة للطّباعة ، القاهرة ، ج. 2، ط. 1، 1970 ، ص 6.

(3) – عبد الله محمد عمران ، مرجع سابق ، ص 14.

(4) – المختار بكّور ، الأوراق التّجارية في القانون المغربي ، ط. 1، شركة بابل للطّباعة والنشر والتّوزيع ، الرّباط ، 1993 ، ص 7.

(5) – محسن شفيق ، القانون التّجاري المصري (الأوراق التجاريّة) ، دار المعارف ، الاسكندريّة ، ط. 1، 1954 ، ج. 1، ص 8.

المجتمع التّجاري ، وعلى ذلك لا تعدّ قسائم أرباح الأسهم أو قسائم فوائد الرّقاع أوراقاً تجاريةً، لأنّ العُرف التّجاري لم يجرِ على استعمالها كأداة وفاء[1] .

وقد استقرّ العرف التّجاري حتى الآن على اعتبار الأوراق التجاريّة محصورة بثلاثة سندات فقط، وهي الكمبيالة (الفقرة الأولى) والسند للأمر والشيك (الفقرة الثانية).

مع ملاحظة أنّ بعض الفقهاء لا يعتبرون الشّيك من الأوراق التجاريّة ومنهم الأستاذ يوسف كناني الذي عَنْوَن مُؤلّفه باسم (الأوراق التجاريّة والشّيك....)، وهي تفرقة قابلة للنّقاش والتّفنيد .

الفقرة الأولى : تجاريّة الكمبيالة

يُعرّف الأستاذ روبلو ROBLOT الكمبيالة Letter de change [2] بكونها: «مُحرّر يأمر فيه شخص يدعى "الساحب" شخصاً آخر يدعى "المسحوب عليه" بدفع مبلغ نقدي محدّد، لحساب أو لأمر شخص ثالث يدعى "الحامل أوالمستفيد" خلال فترة محدّدة»[3].

ويعرّفها الأستاذ جلال محمدين بأنّها : «ورقة تجاريّة تتضمّن أمراً صادراً من شخص يسمّى السّاحب إلى شخص آخر يسمّى المسحوب عليه بأن يدفع لأمر

---

(1) – انظر ، عزيز العكيلي ، القانون التّجاري ، مرجع سابق ، ص 394 .

(2) – اختلفت التّشريعات العربيّة في ترجمة المصطلح الفرنسي Letter de change المرادف لمصطلح Traite ، فهي سند سحب أو سُفْتَجة في التشريعين السوري واللبناني، وهي الحوالة التجاريّة في التشريع العراقي الجديد (كانت بوليصة في التّشريع القديم)، وهي سُفتجة في التشريع الجزائري .
وهي كمبيالة (ترجمة للمصطلح الإيطالي Cambial) في التشريع المغربي وكذلك المصري والكويتي والسعودي واليمني والتونسي .

(3) - «La lettre de change est un écrit par lequel une personne, le tireur, donne mandat à une autre, le tiré, de payer à un tiers, le preneur ou bénéficiaire, ou à son ordre, une certaine somme à une époque fixée».
- René ROBLOT, Les effets de commerce, Sirey, Paris, 1975, p. 8.

أو لإذن شخص ثالث هو المستفيد مبلغاً معيناً من النقود»[1].

ويعرّفها الأستاذ الطيّب اللّومي بأنّها : «ورقة مكتوبة من شخص هو السّاحب، الذي يعطي توكيلاً بمقتضاها لشخصٍ آخر يسمّى المسحوب عليه، بأن يدفع لشخص ثالث هو الحامل أو المستفيد مبلغاً من النّقود في تاريخ محدّد»[2].

أمّا الأستاذ محمد العربي هاشم فيعرّفها بأنّها : «ورقة تجاريّة يعطي فيها شخص يدعى الساحب أمراً لمدينهِ (المسحوب عليه) بدفع مبلغ من النّقود، سواء بفائدة أو بدون فائدة، لشخص ثالث يدعى المستفيد أو الحامل»[3].

والكمبيالة هي أقدم الأوراق التجاريّة وأهمّها[4]، وتعتبر أداة وفاء وائتمان وصرف ونقل للنّقود[5]، ولدراستها لابدّ من بيان تكوينها وكيفيّة إنشائها (أولاً)، قبل التعرّض لصبغتها التجاريّة (ثانياً).

أولاً - إنشاء الكمبيالة :

يُعتبر إصدار الكمبيالة تصرّفاً قانونياً من جانب واحد ، لأنّ السّاحب يصبح ملتزماً بوفاء قيمتها فيما لو رفض المسحوب عليه الوفاء بقيمتها[6]. ولكي يكون هذا الالتزام صحيحاً لابدّ من توفّر الشّروط الموضوعيّة اللازمة في التصرّفات عموماً.

ولأنّ الأوراق التجاريّة تُنشيء التزاماً صرفيّاً ، فقد توجّب توفّر قدر كبير من الشكليّة في الكمبيالة حتى تخضع للقانون الصّرفي (Droit cambiaire) . لذا سنعرض بإيجاز الشّروط اللازمة لصحة الكمبيالة (أ)، ثم ندرس القواعد الصّرفيّة (Mécanismes cambiaires) التي تخضع لها (ب).

---

(1) – جلال وفاء البدري محمدين ، المبادىء العامّة في القانون التّجاري ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية ، 1995 ، ص 419 .

(2) – الطيب اللّومي ، الوسيط في الأوراق التجاريّة في التشريع التّونسي ، مركز الدراسات والبحوث والنشر (جامعة تونس 3) ، تونس ، 1993 ، ص 52.

(3) - Mohamed Larbi HACHEM, Les effets de commerce, cours résumé, Licence en Droit, Fac. Dr. scien. Pol. Econ., Tunis, C.E.R.P., 1978 - 1979, p. 11.

(4) – انظر ، محمد الفخفاخ ، سندات المجاملة في المعاملات التجاريّة ، قت. جوان 1986 ، ص 7.

(5) – شكري السّباعي ، مرجع سابق ، ج. 2 (الأوراق التجاريّة) ، ط. 2، 1989 ، ص 9.

(6) – عبد الله محمد عمران ، مرجع سابق ، ص 33 .

أ - شروط صحّة الكمبيالة :

حتى تكون الكمبيالة صحيحة، لابدّ أن تتوفّر فيها بعض الشّروط الشكليّة والموضوعيّة .

1 - الشّروط الشكليّة : ككلّ الأوراق التجاريّة، لابدّ أن تكون الكمبيالة مكتوبة حتى يمكن تداولها[1] ، «فهي تصرّف قانوني شكلي لا يُعتدّ بوجوده إلاّ متى كان مخطوطاً...»[2] .

وهنا يثور التّساؤل حول حقيقة الكمبيالة - الكشف (Lettre de change - relevé) التي يتمّ التّعامل بها في البنوك بأجهزة الإعلامية، ولاتكون مكتوبة بصكّ ماديّ[3]. ولا بدّ من تنظيم تشريعي خاصّ بها وبتكييفها القانوني .

ولأنّ الكمبيالة تتمتّع بمبدأ الكفاية الذّاتية التي تتميّز به الأوراق التجاريّة[4]، والمتفرّع عن فكرة استقلال الالتزام الصّرفي، فلابدّ من توفّر بعض البيانات الالزاميّة. مع العلم أنّه لامانع من إدراج بيانات اختياريّة وغير إجباريّة.

وقد عدّد الفصل 269 من المجلّة التجاريّة التونسيّة البيانات الواجب توفّرها في الكمبيالة[5] ، وهي :

---

(1) - انظر ، برهان الدين جمل ، السّندات التجاريّة في القانون التّجاري الجزائري ، ج. 1 (السُفتجة) ، ديوان المطبوعات الجامعيّة ، الجزائر ، ط. 2، 1988، ص 32 وما ب.
- Cf., Youssef KNANI, Op. Cit., p. 58 et suiv.

(2) - محمد نجيب بوسدرة ومحمد بن جدّو ونور الدّين البحيري ، الكمبيالة ، محاضرة ألقيت في 3 مارس 1989 بقصر العدالة بتونس ، مجموعة محاضرات تربّص المحاماة ، عدد 2 (1988 - 1989) ، المحاضرة 20 ، ص 415 .

(3) - Cf., Youssef KNANI, Ibid, pp. 16 et 17 et 18.

(4) - انظر ، هاني محمد دويدار ، القانون التّجاري اللّبناني ، مرجع سابق ، ج. 2 (العقود التجاريّة - العمليات المصرفيّة - الأوراق التجاريّة والإفلاس)، 1995 ، ص 304 .

(5) - Cf., Mohamed Hédi LAKHOUA, Cours de Droit commercial, 1er Fasc. (Les effets de commerce), 4ème année , Licence en Droit, Fac. Dr. Scien. Pol. Tunis, 1986 - 1987, p. 28 et suiv.
- انظر ، الطيّب اللّومي ، الوسيط في الأوراق التجاريّة في التّشريع التّونسي ، مرجع سابق ، ص 70 وما ب.

- ذكر كلمة كمبيالة في نصّ السّند باللّغة المستعملة في تحريره .
- التوكيل المجرّد المطلق بدفع مبلغ معيّن .
- اسم من يجب عليه الدّفع (المسحوب عليه) .
- بيان أجل الحلول .
- بيان المكان الّذي يجب فيه الدّفع .
- اسم من يجب له الدّفع أو من يكون الدّفع بأمره .
- بيان التّاريخ والمكان اللذين أنشىء فيهما السّند .
- توقيع مُنشيء السّند (السّاحب) .

2 - **الشّروط الموضوعيّة** : وهي الشروط التي يتطلّبها القانون المدني لصحّة الالتزامات الإراديّة (الأهليّة - الرّضا - المحلّ - السّبب)[1] ، وسندرسها باقتضاب شديد .

- **الأهليّة** : الأصل أن يكون المُلتزم بالكمبيالة كامل الأهليّة ، إلاّ أنّ المشرّع التّونسي خوّل للقاصر الذي يحصل على ترشيده التّجاري الالتزام بواسطة كمبيالة، وهو ما يستفاد من نصّ الفصل 6 من المجلّة التجاريّة[2].

ويبقى التّساؤل بالنّسبة للقاصر غير المُرشّد تجارياً الذي يلتزم بالكمبيالة ؟

الإجابة عن هذا التّساؤل نجدها في الفصل 273 م.ت. الذي ينصّ على:

---

(1) - انظر ، فوزي محمد سامي ، شرح القانون التّجاري الأردني (خمسة أجزاء) ، مرجع سابق ، ج.2 (الأوراق التجاريّة)، ط. 1 ، 1994 ، ص 24 وما ب.
- أيضاً ، عزّت عبد القادر ، الكمبيالة (شرح عملي)، النسر الذهبي للطّباعة ، القاهرة ، 1997 ، ص 9 وما ب.
- Cf., Yves-Louis SAGE, Les effets de commerce, Éd. L'HERMÈS, Lyon, 1994, p. 15 et suiv.

(2) - ينصّ الفصل 6 م.ت. على أنّه :
« لا يجوز للقاصر الذي بلغ الثمانية عشر عاماً كاملة ذكراً أو أنثى أن يتعاطى التّجارة أو أن يعتبر رشيداً بالنّظر للتعهدات التي التزم بها في أعمال تجاريّة إذا لم يحصل على ترشيده المطلق ».

«إنّ الكمبيالة التي يلتزم بها القُصر الذين ليسوا تجّاراً تكون باطلة بالنّسبة لهم، بدون أن ينال ذلك من الحقوق الّتي يختصّ بها كلّ من الطّرفين على مقتضى الفصل 13 من مجلّة الالتزامات والعقود ...»[1] .

ويبدو أنّ هذا البطلان نسبي، إذ لا يتمسّك به إلاّ القاصر، في حين يبقى باقي الموقّعين على الكمبيالة مُلزمين بها - سواء كانوا مظهّرين أو كفلاء أو قابلين لها - استناداً إلى مبدأ استقلال التّوقيعات في الالتزام الصّرفي[2] .
ويمكن في هذا المجال إلحاق حالة المُفلس بالقاصر غير المُرشّد، ابتداءً من تاريخ صدور الحكم بتفليسه (فصل 457 م.ت.).

- الرّضا : من الواجب أن يكون الرّضا خالياً من العيوب المُبطلة، كالغلط أوالإكراه أو التدليس، تحت طائلة إمكانيّة إبطال الكمبيالة من طرف المتضرّر (بطلان نسبي) .

إلاّ أنّ الفصل 280 من المجلّة التجاريّة يحمي حامل الكمبيالة إذا كان حسن النيّة رغم تعيّب الرّضا ، إذ ينصّ هذا الفصل على : «أنّ الأشخاص المدعى عليهم بمقتضى الكمبيالة، لا يمكن لهم أن يتمسّكوا ضدّ الحامل بوسائل المعارضة المبنيّة على علاقاتهم الشّخصيّة بالسّاحب أو بحامليها السّابقين، ما لم يكن الحامل قد تعمّد عند اكتسابه الكمبيالة الإضرار بالمدين»[3].

- المحلّ : الكمبيالة دائماً موضوعها مبلغ نقدي ، وحملها على غير ذلك يجرّدها من حقيقتها تجريداً يمكن التمسّك به حتى ضدّ الحامل حسن النيّة[4].
ويؤكّد ذلك الفصل 269 م.ت، عندما عدّد البيانات الاجباريّة لصحّة انشاء الكمبيالة، إذ أوجب هذا الفصل ضرورة الأمر المجرّد المطلق للمسحوب عليه بدفع مبلغ نقدي محدّد[5].

---

(1) - Cf., Mohamed Larbi HACHEM, Op. Cit., p. 36 et suiv.

(2) - انظر ، شكري السّباعي ، مرجع سابق ، ج. 2 (الأوراق التجاريّة) ، ص 26 وما ب.

(3) - انظر ، الطيّب اللّومي ، الوسيط في الأوراق التجاريّة في التّشريع التّونسي ، مرجع سابق ، ص 62.

(4) - محمد نجيب بوسدرة ومحمد بن جدّو ونور الدّين البحيري ، محاضرة (الكمبيالة) ، مرجع سابق ، ص 420.

(5) - Cf., Youssef KNANI, Op. Cit., p. 87.

كما أنّ الفصل 297 م.ت. ينصّ على أنّه : «إذا اشترط بالكمبيالة دفع مبلغها بنوع من النّقود – لم تكن من النّقود الرّائجة بمكان الأداء – فيمكن دفع مبلغها بالنّقود الرّائجة في البلاد على حسب قيمتها يوم الحلول...».

– السّبب : الأصل وجوب أن يكون السّبب جائزاً، أي غير مخالف للقانون والأخلاق الحميدة أو النّظام العام (فصل 67 م.إ.ع.)، وإلاّ كان الالتزام باطلاً، كأن يكون إنشاء الكمبيالة لدفع دين قمار أو بغاء .

إلاّ أنّ الالتزام الصّرفي المجرّد ومبدأ عدم الاحتجاج بالدّفوع[1] المؤسّسة على الرّوابط الشخصيّة، يجعل المُمْضي على الكمبيالة غير قادرٍ على مواجهة الحامل حسن النيّة بهذه الدّفوع[2]، كعدم وجود المؤونة Provision [3] أوعدم مشروعيتها.

ولأهمّية القانون الصّرفي Droit cambiaire وعلاقته المتميّزة بالأوراق التجاريّة وخصوصاً الكمبيالة، لا بأس بعرض سريع لأبرز جوانب هذه العلاقة.

ب – خضوع الكمبيالة للقانون الصّرفي :

المقصود بالقانون الصّرفي : مجموعة القواعد المذكورة في القانون التّجاري، والخاصّة بإنشاء الأوراق التجاريّة ومقابل الوفاء فيها وقبولها وتحويلها وضمانها والوفاء بقيمتها، والإجراءات التي تُتّبع عند الامتناع عن

مبدأ عدم الاحتجاج بالدفوع

(1) - Cf., Mohamed Elhafedh OULD BEDDY, Le principe de l'inopposabilité des exceptions en matière de lettre de change, mémoire D.E.A. (Droit Privé), Fac. Dr. Scien. Pol. Tunis, 1992-1993, p. 4 et suiv.

(2) - Med. Hédi LAKHOUA, Op. Cit., p. 61.

(3) – المؤونة : هي دين بمبلغ من النّقود مساوٍ على الأقلّ لمبلغ الكمبيالة في ذمّة المسحوب عليه للسّاحب، يكون موجوداً ومستحقّ الأداء في تاريخ حلول أجل الوفاء بالكمبيالة .

– انظر ، الطيب اللّومي ، المؤونة في الكمبيالة، قت ، جوان 1993 ، ص 7 وما ب.

- Cf., Mohamed GHOUTHI, La provision en matière de lettre de change, mémoire D.E.S. (Droit privé), Fac. Dr. Scien. Pol. Econ. Tunis, 1978, p. 7 et suiv.

هذا الوفاء، وتقادم الدّعاوى الناشئة عنها[1].

ومصدر التّسمية للقانون الصّرفي تاريخي محض، لأنّ الأوراق التجاريّة نشأت في الأصل لإبرام عقد الصّرف ، وقد تطوّرت وظائف هذه الأوراق فيما بعد لتصبح أدوات ائتمان ووفاء[2] .

1 - أسس القانون الصّرفي : لكي تؤدّي الورقة التجاريّة وظائفها على الوجه الأكمل ، فقد قامت على نظام استثنائي يختلف عن القواعد المدنيّة العامّة. وأهمّ الأسس الّتي يستند عليها الالتزام الصّرفي هي :

- مبدأ التّضامن بين ممضيّ السند (Solidarité de signataires) : ويعني أنّ كلّ الموقّعين على الورقة التجاريّة يتحمّلون خلاصها بالتّضامن بينهم[3]. وهذا يخوّل للحامل الرّجوع إلى أيّ واحد من ممضي السند[4]. ولايحقّ لهذا الأخير التمسّك بدفع جزء من المبلغ، بل يُلزَم بسداد كامل الدّين، ثم يرجع على باقي الممضين على الورقة .

- مبدأ استقلاليّة الإمضاءات (Indépendance des signataires) : هذا يعني أنّه إذا صدر الحُكم ببطلان التزام أحد المظهرين، فإنّ باقي الممضين على السّند يبقون ملتزمين به صرفياً وإمضاءاتهم صحيحة . ويتفاعل هذا المبدأ مع مبدأ تطهير الدّفوع (Purge des exceptions) [5] وعدم الاحتجاج بها، أي أنّ الحقّ الثابت في الورقة التجاريّة ينتقل بالتظهير مُطهّراً من كلّ الدّفوع والعيوب التي تشوبه من العلاقات السّابقة[6]. وبالتّالي لا يمكن للملتزمين بالسند الاحتجاج بهذه الدّفوع[7].

---

(1) - محسن شفيق ، مرجع سابق ، ج. 1 ، ص 24 .

(2) - ادوار عيد ، الأسناد التجاريّة ، مرجع سابق ، ج. 1 ، ص 20.

(3) - Cf., Mohamed Larbi HACHEM, Op. Cit., p. 3 et suiv.

(4) - انظر بهذا المعنى ، حكم ابتدائي مدني عدد 50 مؤرّخ في 10-12-1962 ، قت. جوان 1963، ص 80.

(5) - انظر ، برهان الدين جمل ، مرجع سابق ، ص 18 وما ب.

(6) - انظر ، هشام فرعون ، القانون التّجاري البرّي ، مرجع سابق ، ج. 2 ، ص 45 وما ب.
- أيضاً ، عبدالحكم فودة ، الأوراق التجاريّة على ضوء الفقه وقضاء النّقض (الكمبيالة والسّند الإذني)، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، 1993 ، ص 92 وما ب.

(7) - Cf., Mohamed Elhafedh OULD BEDDY, Op. Cit., p. 6 et suiv.

- مبدأ الكفاية الذاتيّة : يقصد به أنّ الورقة التجاريّة هي وحدة قائمة بذاتها، تتضمّن التزاماً محدّداً من حيث مقداره وصفاته. وتضمّ كلّ عناصر الالتزام، بحيث لا تستوجب الرّجوع إلى ما هو خارج الورقة لتحديد خصائص أوصفات هذا الالتزام[1].

- عدم منح آجال الفضل (Délai de grâce) : هذا يعني أنّ المدين بالورقة التجاريّة مُلزمٌ بالوفاء بها في الوقت المحدّد لها ، ولا يجوز منحه آجال الفضل[2]، إلا في حالة القوّة القاهرة (فصل 316 م.ت.)، أو كان المُطالب بالوفاء ضامناً للورقة التجاريّة (فصل 306 م.ت.)[3]، وهذا ما نجده في الفقرة الثّانية من الفصل 338 م.ت. التي تنصّ على أنّه : «ولا يجوز منح آجال الفضل إلاّ في الصّور المنصوص عليها بالفصلين 306 و316 من هذه المجلّة».

2 - الكمبيالة والقانون الصّرفي : تُعتبر الكمبيالة في التّشريع التّونسي نموذجاً بالنّسبة إلى سائر الأوراق التجاريّة الأخرى ، لذا فقد خُصِّصَ لها 69 فصلاً من المجلّة التجاريّة (من 269 حتى 338 بدخول الغاية) ، والفصول التي تتحدّث عن باقي الأوراق التجاريّة ، كثيراً ما تُحيل إلى أحكام الكمبيالة[4].

والعلاقة وطيدة وقديمة بين الكمبيالة والقانون الصّرفي، حيث استُعملت في بداية نشأتها كوسيلة لتنفيذ عقد الصّرف المسحوب[5] (Change tiré)، ولهذا سُمّيت بالفرنسيّة Lettre de change (أي رسالة الصرف). «لكن هذا الدور

---

(1) - عبد الله محمد عمران ، مرجع سابق ، ص 26 .

(2) - انظر ، حكم تجاري ابتدائي عدد 166 مؤرّخ في 22 - 12 - 1962. قت. نوفمبر و ديسمبر 1964 ، ص 131.

(3) - Mohamed Hédi LAKHOUA, Op. Cit., p. 19.

(4) - الطيّب اللّومي ، مرجع سابق ، ص 51 .

(5) - يتمّ هذا العقد عندما يريد شخص أن يسافر أو يرغب بوفاء ديونه في بلد اخر ، فيلجأ إلى أحد الصّيارفة ويسلّمه مبلغاً من المال يساوي ما يحتاجه من عملة البلد الآخر ، فيسلّمه الصّيرفي كمبيالة مسحوبة على صيرفي آخر أو فرع له في ذلك البلد، يأمره بتسليم العملة الأجنبيّة المتّفق عليها للشخص أو لمن يختاره . فيتجنّب الشّخص مخاطر نقل المال من مكان لآخر كالسّرقة أو الضّياع .

الذي يمكن أن تلعبهُ الكمبيالة أخذ طريقه إلى الزوال، وذلك بعد انتشار التّعامل بالشّيكات والحوالات البريديّة ...»[1] .

كما أدّت الكمبيالة في مرحلة لاحقة وظيفة وفاء وأداة لتسوية عدّة معاملات عن طريق تقنية التّظهير الّتي أدخلها العرف التّجاري[2].
وأخيراً أصبحت الكمبيالة أداة إئتمان، أي استعمالها كوسيلة لتأخير الوفاء بالدّيون إلى أجلٍ غالباً ما يكون قصيراً يُسهّل تداولها وخصمها. وتُعدّ هذه الوظيفة أهمّ وظائف الكمبيالة[3] ، لأنّها تجعلها البديل عن عقود القرض، التي كثيراً ما يحتاج إليها التجّار خصوصاً لتسيير شؤون تجارتهم .

تتضمّن الكمبيالة جميع العمليات التي تدور حولها قواعد قانون الصّرف كالتّظهير والقبول والضّمان الاحتياطي والاحتجاج لعدم الوفاء وتوفير المؤونة والتّقادم الصّرفي وغير ذلك .

ولتقوية الثّقة بالكمبيالة ، فقد سهّل المشرّع تحصيلها، وخصوصاً بعد إتمام الفصل 317 من المجلّة التجاريّة بالقانون عدد 28 لعام 1996 [4]، حيث أصبح هذا الفصل ينصّ على أنّه : «يمكن لحامل الكمبيالة المحرّر فيها احتجاج بالامتناع عن الدّفع – فضلاً عمّا توجبه عليه الاجراءات المقرّرة للقيام بدعوى الضّمان – أن يستصدر إذناً على عريضة بإجراء عقلة تحفّظية على أمتعة ساحبي الكمبيالة والقابلين والمظهّرين بها .
ويمكن له أيضاً أن يستصدر أمراً بالدّفع[5] ضدّ قابلها ينفّذ بعد أربع وعشرين ساعة من الإعلام به، وبقطع النّظر عن الاستئناف .
كما يمكن لحامل الكمبيالة أن يقوم بنفس الاجراءات ضدّ بقيّة الملتزمين إذا كان له حقّ الرّجوع عليهم».

---

(1) – المختار بكّور ، مرجع سابق ، ص 20 .
– انظر ، ادوار عيد ، مرجع سابق ، ج. 1 ، ص 15.
(2) – انظر ، عبد الله محمد العمران ، مرجع سابق ، ص 16 و 17 و18.
(3) – انظر ، شكري أحمد السّباعي ، مرجع سابق ، ج. 2 ، ص 15.
(4) – القانون عدد 28 مؤرّخ في 3 أفريل 1996، رائد رسمي. عدد 29 مؤرّخ في 9 أفريل 1996، ص 789 .
(5) – انظر ، صالح الطريقي ، حول الأوامر بالدّفع ، قت. مارس 1986 ، ص 7 وما ب.

ثانياً - الصّبغة التجاريّة للكمبيالة :

تتميّز الكمبيالة بصبغة تجاريّة مطلقة (أ)، إذا كانت تحتوي كامل بياناتها الالزاميّة، ولا تفقد صبغتها التجاريّة حتماً بفقدان أحد هذه البيانات (ب).

أ - التجاريّة المطلقة للكمبيالة :

نّصت الفقرة الأولى من الفصل 269 من المجلّة التجاريّة على أنّه : «يعتبر القانون الكمبيالة عملاً تجارياً مهما كان الأشخاص المتعاملون بها...».
وهذا يعني أنّ المشرّع التّونسي منح للكمبيالة الصّبغة التجاريّة المطلقة بقطع النظر عن صفة الأشخاص المتعاملين بها[1]. فبمجرّد إنشاء الكمبيالة بصورة صحيحة وتوفّر أركانها الجوهريّة والبيانات الإجباريّة فيها، فإنّها تخضع للقانون التّجاري وخصوصاً القواعد الصرفيّة .

هذا يعني أيضاً أنّ الكمبيالة هي من الأعمال التجاريّة بشكلها ، فهي لا تُعتبر قائمة كورقة تجاريّة إلا بتوفّر شروطها الشكليّة ، وهو ما أكّده أحد القرارات التعقيبيّة الصّادرة سنة 1993 بصورة غير مباشرة إذ جاء فيه أنّه : «من المسلّم به قانوناً أنّ الكمبيالة تشتمل على شروط شكليّة ، فإذا تخلّف شرط منها لا تعتبر الوثيقة كمبيالة...»[2].

والتجاريّة المطلقة للكمبيالة في التّشريع التّونسي متماشية مع موقف المشرّع الفرنسي ، حيث اعتبرت الفقرة الأخيرة من الفصل 632 من المجلّة التجاريّة الفرنسيّة الكمبيالة صراحة عملاً تجارياً بين كلّ الأشخاص بقطع النّظرعن صفتهم[3]. وبنفس الاتّجاه سار المشرّع المصري، حيث اعتبر الفصل

---

(1) - انظر ، حكم ابتدائي مدني عدد 27 مؤرّخ في 6 أفريل 1961 ، قت. افريل 1961 ، ص 67.
- أيضاً ، تع. مد. عدد 4350 مؤرّخ في 3 ماي 1982 ، ن. مح.تع. 1982 ، ج.3 ، ص 131.
(2) - تع. مد. عدد 28177 مؤرّخ في 27 جانفي 1993 ، ن. مح. تع. 1993 ، ص 271.
(3) - Art. 632 C.Com.F. , «La loi répute actes de commerce :
- ...
- Entre toutes personnes , Les lettres de change».

الثّاني من القانون التّجاري أنّ «جميع الكمبيالات أيّاً كان أولو الشّأن فيها» أعمالاً تجاريّة[1].

ب - آثار خلوّ الكمبيالة من بيان إلزامي :

1 - المبدأ: سقوط الكمبيالة كورقة تجاريّة : باستثناء بعض الحالات المنصوص عليها بالقانون، فإن خلوّ الكمبيالة من أحد بياناتها الإلزاميّة يجعلها غير خاضعة للقواعد الصرفيّة ، ولا تعدّ كمبيالة[2]. وهو ما تؤكّده الفقرة الثّانية من الفصل 269 م.ت، إذ تنصّ على أنّه : «إذا خلا السّند من إحدى البيانات المذكورة بالفقرات المتقدّمة ، فلا يُعدّ كمبيالة إلاّ في الأحوال المعيّنة بالفقرة الآتية ...».

ونتساءل عن مصير السّند في هذه الحالة ، هل يكون باطلاً ؟

الإجابة عن هذا التّساؤل تستوجب التّوضيح بأنّ إصدار كمبيالة مكتملة لشروطها وبياناتها الإلزاميّة يخلق التزاماً صرفياً مستقلاً عن الالتزام الأصلي، ويحقّ للدّائن في الكمبيالة المطالبة بدينه وفق القواعد الصرفيّة أو طبقاً للقواعد العامّة في استخلاص الدّيون . وهو عندما يختار القانون الصّرفي، فلأنه أكثر سرعة ومرونة وضماناته أكبر .

وعندما يكون السّند مفتقداً لأحد البيانات الإجباريّة المطلوبة، فهذا يعني سقوطه كورقة تجاريّة ، وقد عبّرت الفقرة الثانية من الفصل 269 م.ت. عن ذلك بالقول «فلا يُعدّ كمبيالة...» . وبالتّالي لا يمكن للدّائن المطالبة بدينه وفقاً لقانون الصّرف ، ولا يبقى أمامه إلا طريق القواعد العامّة لاستخلاص الدّيون ، ولأنّ مبدأ الكفاية الذاتية للكمبيالة غير متوفّر في السّند، فسيكون الدّائن مضطرّاً لتدعيم

---

(1) - جاء في حكم لمحكمة أشمون الجزئية صادر في 12 أفريل 1937 أن : «الكمبيالة ورقة تجاريّة بطبيعتها أيا كان الغرض منها، وأيا كانت صفة ذوي الشّأن فيها تجاراً أو غير تجّار، حُرّرت لعمل تجاري أو مدني ، توافر فيها شرط المبادلة أم لا ...».

- عبد المعين لطفي جمعة ، مرجع سابق ، ص 779.

(2) - Cf., Marcel CRIONNET, De l'omission des mentions obligatoires de la lettre de change , Rec. D. S., 1989, Chr. 19, p. 129.

مطالبته بوسائل إضافيّة[1]، ولن يتمتّع بمبدأ عدم الاحتجاج بالدّفوع وغيره من مبادىء القانون الصّرفي[2] .

وقد جاء في حكم تجاري ابتدائي أنّه : «إذا كان السّند خالياً من إمضاء السّاحب فلا يمكن اعتباره كمبيالة وفقاً للفصل 269 من المجلّة التجاريّة، بل مجرّد التزام بالأداء...»[3] .

كما جاء في قرار تعقيبي مدني أنّه : «يكون قائماً على أساس من القانون (الفصل 269 من المجلّة التجاريّة) الحكم الّذي رفض اعتبار كتب الدّين المدلى به ككمبيالة، وذلك بناءً على خلوّه من بيان التّاريخ الّذي أنشىء فيه ذلك الكتب...»[4] .

- ولابدّ من التّنبيه إلى أنّ فقدان السند الصفة الصرفيّة لا يؤدّي حتماً إلى تحوّل الالتزام الّذي يتضمّنه إلى التزام مدني، بل لابدّ من النّظر في الالتزام الأصلي، لأنّ الأمر يختلف إذا كان الالتزام تجارياً أو مدنياً، فمثلاً إذا كان أطراف العلاقة من التجّار ونشأ الالتزام لسبب يتعلّق بتجارتهم ، فإنّ السّند - وإن سقطت عنه صفة الكمبيالة - فهو سند يفيد لإثبات التزام تجاري أصلي أو بالتبعيّة، ويتمتّع في هذه الحالة بخصائص القانون التّجاري المتعلّقة بالإثبات، كخاصية حرّية الإثبات مثلاً، فهو التزام تجاري ولكنّه ليس صرفياً . أمّا إذا كان الالتزام الأصلي مدنياً فيخضع للإثبات المدني، ويكون السّند صكّاً مدنياً لا يختلف عن أيّ كتب مدني .

---

(1) - انظر ، تع. مد. عدد 26943 ، مؤرّخ في 14 جانفي 1992 ، قت. ديسمبر 1993 ، ص 79.
- أيضاً ، حكم تجاري ابتدائي عدد 980 مؤرّخ في 31 ديسمبر 1963 ، قت. نوفمبر - ديسمبر 1964، ص 146.

(2) - انظر ، حكم مدني استئنافي عدد 31133 مؤرّخ في 2-2-1972 ، قت. جوان 1972 ، ص 61.

(3) - حكم تجاري ابتدائي عدد 1201 مؤرّخ في 19-12-1961 ، قت. نوفمبر 1962 ، ص 55.
- انظر بنفس المعنى ، حكم مدني ابتدائي عدد 6443 مؤرّخ في 8-5-1972 . قت. جانفي - فيفري 1974 ، ص 13.

(4) - تع. مد. عدد 2469 مؤرخ في 27-2-1964 . قت. جويلية 1965 ، ص 180.

2 - **الاستثناءات** : هناك حالات يبقى فيها السّند كمبيالةً ، رغم خلوّه من بعض البيانات الإلزاميّة . وقد حصرها المشرّع التونسي بثلاث حالات وذلك في الفقرة الثالثة من الفصل 269 م.ت. وهي :

- **خلوّ الكمبيالة من بيان أجل الحلول**[1] : تعتبر الكمبيالة في هذه الحالة واجبة الأداء بمجرّد الاطّلاع عليها.

- **خلوّ الكمبيالة من بيان مكان الوفاء** : في هذه الحالة يكون المكان المبيّن بجانب اسم المسحوب عليه محلاً للدّفع ، وبنفس الوقت يكون مقراً للمسحوب عليه .

- **خلوّ الكمبيالة من بيان مكان إنشائها** : يعتبر المكان المذكور بجانب اسم السّاحب هو مكان الإنشاء والالتزام بالكمبيالة .

وهذا يعني أنّ المشرّع حاول قدر المستطاع تلافي بطلان الكمبيالة كورقة تجاريّة، حماية للمتعاملين بها ودعم الثّقة بها . وهو نفس الاتّجاه الّذي توخّاه بالنّسبة للشّيك والسند للأمر .

---

(1) - حدّد الفصل 290 م.ت. أشكال إجباريّة لأجل حلول الكمبيالة، إذ ينصّ على أنّه «يمكن سحب الكمبيالة على الوجوه الآتية :
- لدى الإطلاع
- أو لأجل ما بعد الاطلاع
- أو لأجل يبتدىء من تاريخ معين
- أو ليوم معلوم
أما الكمبيالات التي يعلّق سحبها على آجال أخرى أو آجال متعاقبة فهي باطلة».

الفقرة الثانية : تجاريّة السند للأمر والشّيك

جاء الكتاب الثالث من المجلّة التجاريّة التونسيّة بعنوان «في الكمبيالة وسند الأمر والشّيك» ليؤكّد ما استقرّ العرف على اعتباره أوراقاً تجاريّة . إلاّ أنّ الكمبيالة انفردت – على الرّأي السّائد في الفقه – بالصّبغة التجاريّة المطلقة خلافاً للشّيك والسّند للأمر ذوي التجاريّة النسبيّة .

أوّلاً - السّنـد للأمـر Billet à ordre [1]:

يُعرّف السّند للأمر بكونه «سند يتعهّد به شخص (محرّر السّند) بدفع مبلغ نقدي لأمر شخص آخر (المستفيد) خلال مهلة محدّدة»[2].

بالمقارنة بين هذا السّند والكمبيالة، نجد أنّ الفرق الجوهري بينهما هو أنّ الكمبيالة تستلزم مبدئياً ثلاثة أشخاص (الساحب والمسحوب عليه والمستفيد)، في حين أنّ السّند للأمر ينشأ بين شخصين فقط (الملتزم والمستفيد)[3] ، حيث يتعهّد الأول للثّاني بدفع مبلغ نقدي له في أجل معيّن[4] .

«والكثير من الناس لا يفرّقون بين الورقتين، وتفاجئهم مشكلات كان في الإمكان اجتنابها، لو توضّحت لديهم صفة كلّ من الورقتين...»[5].

---

(1) – ويطلق عليه المشرّع المصري اسم (السند تحت إذن) أو (السّند الإذني). أمّا في التشريع السّوري – وكذلك الجزائري والكويتي – فيُطلق عليه اسم (السند لأمر). ويُسمّى بالانكليزيّة (Promissory note) .

(2) - Youssef KNANI, Op. Cit., p. 223.
- aussi, Mohamed Hédi LAKHOUA, Op. Cit., p. 157.

(3) – رشاد الوسلاتي ، السّند للأمر ، محاضرة ألقيت في اللقاء الجهوي بفلفصة (الأوراق التجاريّة) الذي نظّمه المعهد الأعلى للقضاء بتاريخ 22 و23 جانفي 1993 ، ص 123.

(4) – انظر ، محمد علي راتب بك ، السندات الأذنية ، مكتبة النهضة المصريّة، القاهرة ، 1948، ط.1، ص 2.

(5) – الهادي المحيرصي ، الأوراق التجاريّة ، مقالة سابقة ، ص 10 .

أ - السّند للأمر كورقة شكليّة :

يتّفق السّند للأمر مع الكمبيالة في الطّبيعة الشكليّة لكليهما ، فلا بدّ من وجود صكّ مكتوب ويحتوي بيانات محدّدة وإلا بطل السّند كورقة تجاريّة ، طبعاً إلى جانب الشّروط العامّة لكلّ التصرّفات القانونيّة[1] .

1 - البيانات الإجباريّة للسّند لأمر :

ينصّ الفصل 339 من المجلّة التجاريّة على أنّه : «يحتوي السّند للأمر على: 1 - صيغة شرط الأمر أو تسمية السّند في صلب نصّ الكَتْب باللّغة المستعملة لتحريره .

2 - الوعد بلا قيد ولا شرط لدفع مبلغ معيّن .

3 - تعيين حلول أجل الدّفع .

4 - تعيين المكان الذي يجب فيه الدفع .

5 - تعيين الشّخص الذي يجب أن يتمّ الدّفع له أو لأمره [2].

6 - تعيين المكان والتّاريخ اللذين حُرّر فيهما السّند .

7 - إمضاء محرّر السّند أي (الملتزم)».

2 - انطباق أحكام الكمبيالة على السّند للأمر :

لم يُطنب المشرّع التونسي في الحديث عن السّند للأمر، بل اكتفى بتخصيص سبعة فصول له فقط (من 339 حتى 345 بدخول الغاية) من المجلّة التجاريّة .

إلاّ أنّ الفصل 341 م.ت. أحال نظامه على أحكام الكمبيالة ما لم تكن مخالفة لطبيعته ، وكذلك الفصول الأربعة اللاحقة للفصل 341 م.ت. تحيل إلى أحكام الكمبيالة أيضاً. «وهنا ندرك أن المُقنّن جعل أحكام الكمبيالة هي الأصل والمثال الّذي يُحتذى ...»[3] .

---

(1) - انظر ، الطّاهر المنتصر ، سند الأمر (دراسة مقارنة بين القانونين التّونسي واللّبناني) ، قت.جوان 1967 ، ص 19 وما ب.

(2) - لا يُجيز المشرّع التّونسي إصدار السّند للحامل، كما هو الحال في بعض التّشريعات كالمصري مثلاً (فصل 190 من قانون التجارة) .

(3) - الطيّب اللّومي ، الوسيط في الأوراق التجاريّة في التّشريع التّونسي ، مرجع سابق ، ص 453.

والسّند للأمر لا يقلّ أهمّية عن الكمبيالة في الحياة العمليّة، إلاّ أنّ المشرّع اكتفى بالإحالة إلى الأحكام المنطبقة على الكمبيالة تحاشياً للتكرار ، طالما أنّ الورقتين تتماثلان في هذه الأحكام ، وزيادةً في التّوضيح، نجد أنّ المشرّع عدّد أهمّ المسائل المتشابهة بينهما والفصول المنطبقة على كليهما[1].

ب - السّند للأمر كورقة تجاريّة :

يتمتّع السند للأمر بالصبغة التجاريّة بتوفّر شروطه الشكليّة، وقد يفقد هذه الصفة عند الإخلال ببعض هذه الشروط .

1 - الصّبغة التجاريّة للسّند لأمر :

لم يتعرّض المشرّع التّونسي صراحةً لمسألة الصّبغة التجاريّة للسّند لأمر، كما فعل بالنّسبة للكمبيالة الّتي اعتبرها عملاً تجارياً مطلقاً بقطع النّظر عن المتعاملين بها (الفصل 269 م.ت.).

---

(1) - أهمّ المسائل المشتركة بين السّند لأمر والكمبيالة هي الّتي بيّنتها الفصول (من 341 إلى 345 بدخول الغاية م.ت.)وهي :
- التّظهير (من الفصل 276 إلى الفصل 282).
- حلول الأجل (من الفصل 290 إلى الفصل 293).
- الأداء (من الفصل 294 إلى الفصل 305).
- دعاوى الرّجوع لعدم الدّفع (من الفصل 306 إلى الفصل 313 والفصول 315 و316 و317).
- الاحتجاجات (من الفصل 313 إلى الفصل 321).
- الدّفع بطريقة التدخّل (الفصل 322 والفصول من 324 إلى 328).
- النّسخ (الفصل 332 والفصل 333).
- التغييرات (الفصل 334).
- مرور الزمن (الفصل 335).
- أيام الأعياد وأيام العمل المشبّهة بها حكماً، وحساب الآجال ومنحها على وجه الفضل (الفصول 336 و337 و338).
- أحكام الكمبيالة واجبة الدّفع لدى أجنبي أو بغير موطن المسحوب عليه (الفصلان 270 و286).
- أحكام اشتراط الفائض (الفصل 271) وباختلاف البيانات المتعلّقة بالمبلغ الواجب دفعه (الفصل 272).
- أحكام نتائج وضع الإمضاء على شروط الفصل 273 وبنتائج إمضاء شخص غير موكّل، أو تجاوز حدود وكالته (الفصل 273).
- أحكام الكفالة (الفصل 289) وأحكام القبول من طرف محرّر السّند.
- أحكام السّند الواجب الدّفع بعد مدّة من الإطلاع (فصل 283 والفصل 285).

ونتساءل هنا : هل يمكن قياس السّند للأمر على الكمبيالة أم هناك اختلاف بينهما من ناحية الصبغة التجاريّة ؟

يرى شرّاح القانون التّجاري التّونسي أن تجاريّة السّند للأمر نسبية ، ولا يكتسي هذا السّند الصّبغة التجاريّة إلاّ إذا كان مُحرّرهُ تاجراً وأصدره من أجل أعمال تجارته[1]، استناداً لنظريّة التبعيّة (Commercialité par accessoire)، المكرّسة بالفصل الرّابع من المجلّة التجاريّة الذي ينصّ على أنّه : «تكون خاضعة لأحكام هذا القانون الأفعال والأعمال القانونيّة التّابعة لممارسة التّجارة .
وتعتبر جميع الأفعال والأعمال التي يقوم بها التّاجر- كما سبق تعريفه بالفصل الثّاني - تابعة لممارسة التّجارة ما لم تقم الحجّة على خلافه».

غير أنّ هذا الرّأي على وجاهته الظاهريّة قابلٌ للنّقاش، ويمكن معارضته من خلال الحجج التّالية :

- إنّ عدم تعرّض المشرّع التّونسي لمسألة الصّبغة التجاريّة للسّند لأمر صراحة - كما فعل بالنّسبة للكمبيالة - لا يعني حتماً عدم إمكانية اضفاء الصّبغة التجاريّة المطلقة للسّند لأمر ، بل يمكن قياسه على الكمبيالة لأنّ كُلاًّ منهما أداة وفاء وائتمان، وينتميان للأوراق التجاريّة الّتي تخضع للقانون الصّرفي الّذي يعتبر جزءاً خاصّاً ومميّزاً من القانون التّجاري .

- إنّ إحالة المشرّع التّونسي السّند للأمر على القواعد الناظمة للكمبيالة بصورة شبه كاملة، يؤكّد عدم الاختلاف بين طبيعتي الورقتين، ونشوء السّند للأمر بين شخصين فقط لا يجعلها تختلف كثيراً عن الكمبيالة .
كما أنّ اندماج صفتي السّاحب والمسحوب عليه في شخص واحد يحمّله المسؤوليّة التي تترتّب على كاهل السّاحب للكمبيالة من جهة، وبنفس الوقت المسؤوليّة المترتّبة على كاهل المسحوب عليه القابل للكمبيالة . فقد نصّ الفصل 344 م.ت. أنّه : «يكون محرّر سند الأمر ملزماً على الكيفيّة التي يلتزم بها قابل الكمبيالة».

---

(1) - انظر، الطاهر المنتصر ، سند الأمر ، مقالة سابقة ، ص 20.
- أيضاً ، الطيب اللّومي ، الوسيط في الأوراق التجاريّة في التّشريع التّونسي ، مرجع سابق، ص 454.
- Cf. aussi, Mohamed Hédi LAKHOUA, Op. Cit., p. 158.

ومن صياغة هذا الفصل يمكن الاستنتاج أنّ «الكيفيّة المذكورة» تشمل في مفهومها «التجاريّة المطلقة للالتزام» التي تعرّض لها الفصل 269 م.ت.

- وممّا يدعّم هذا الرّأي أنّ عدم القول بالصّبغة التجاريّة المطلقة للسّند لأمر، يُعطّل دوره ويُضعف الثّقة في قوّته الصرفيّة ، ممّا يؤدّي للتردّد في استعماله، لأنّ من أهمّ أسباب تطوّر دور الأوراق التجاريّة - لتستخدم كبديل للوسائل التقليديّة للوفاء والائتمان - هو تسهيل التّعامل وتسوية الدّيون وتحقيق السّرعة والبساطة .

ومن يُقدم على تحرير سند للأمر والإمضاء عليه، فمن المفترض علمه بصبغته التجاريّة الشكليّة وخصوصيّته الصرفيّة ، وخصوصاً بوجود الوسائل العادية التي لا تحمل قسوة الأحكام الصرفيّة ، وهو غير مضطر للتّعامل بالأوراق التجاريّة، إذا لم يقصدْ إعطاءَ ضمانٍ أكبر وثقة للمتعامل معه .

- إنّ التّفرقة بين نوعي التجاريّة المقرّرة للكمبيالة والسّند للأمر يخلق اضطراباً كبيراً في تطبيق الأحكام الصرفيّة ، لأنّ اعتبار السّند لأمر مدنياً (لأنّ محرّره الذي التزم به ليس تاجراً) يضعنا أمام افتراضين :

الأول : هو عدم تطبيق القواعد الصرفيّة ولا أحكام القانون التّجاري، لأنّ السّند مجرّد صكّ مدني عادي ، ولا يمكن تسميته سنداً للأمر رغم توفّر كلّ عناصره الموضوعيّة والشكليّة . وهذا أمر مخالف لحقيقة السّند لأمر .

الثاني : هو تطبيق القواعد الصرفيّة على السّند للأمر رغم صبغته المدنيّة، وهي قواعد تنتمي لأحكام القانون التّجاري . وهذا سيؤدّي لتناقض قانوني، إذ كيف لنا أن نطبق أحكاماً تجاريّة على صكٍّ مدني .

إذن من المنطقي التّسليم بخصوصيّة الأوراق التجاريّة وخضوعها المطلق للقواعد الصرفيّة سواء كانت كمبيالة أو سنداً للأمر، لضمان الانسجام بين أحكامها النظريّة والتّطبيق العملي ، ولتفادي التّعارض النّاجم عن تعدّد الأنظمة، ولتدعيم الثّقة بالتّعامل بالأوراق التجاريّة وتأديتها لدورها الّذي أوجدت من أجله ، خاصّة إذا علمنا أنّ التّضارب في الأحكام المنطبقة على الأوراق التجاريّة على الصّعيد الدّولي كان دافعاً جوهرياً لتوقيع معاهدات جنيف المتعلّقة بالأوراق

التجاريّة[1] والتي اعتمدها الكثير من الدّول في تشريعاتها الداخليّة، ومنها فرنسا (خصوصاً الفصول من 110-189 من المجلّة التجاريّة الفرنسيّة)[2] وتونس.

حبّذا لو أنّ المشرّع التّونسي دعّم هذا الاتّجاه، وذلك بالتّصريح بالصّبغة التجاريّة المُطلقة للسّند لأمر لإنهاء الجدل والشّكوك حول هذه المسألة ، كما فعلت بعض القوانين الحديثة، كالقانون التّجاري الكويتي (الفصل الخامس منه)، والقانون التّجاري العراقي (لفصل السّادس منه).

وحتى المشروع الأولي للقانون التّجاري المغربي قد سار بهذا التوجّه ، إذ نصّ الفصل العاشر منه على أنّه : «يُعدّ عملاً تجارياً بصرف النّظر عن الفصلين السّابع والثّامن الكمبيالة والسّند لأمر»[3].

---

(1) - عقدت ثلاث معاهدات في جنيف عام 1930 :

الأولى : مكوّنة من إحدى عشر فصلاً، وفيها تعهّد الدّول الموقّعة بإدخال أحكام القانون الموحد للأوراق التجاريّة في تشريعاتها الداخليّة وأُرفق بها ملحقان :

1 - نصوص القانون الموحّد للكمبيالة والسند للأمر، ومؤلف من ثمانية وسبعين فصلاً .

2 - التحفظات في المسائل التي تُرك للدّول حقّ تنظيمها، ومؤلّفة من ثلاثة وعشرين فصلاً .

الثانية : مكوّنة من عشرين فصلاً، وهي خاصّة بحلول تنازع القوانين في مسائل الكمبيالات و السندات لأمر .

الثالثة : مكوّنة من عشرة فصول، وهي تتعلّق بضريبة الدمغة التي تُفرض على إصدار الكمبيالات والسندات لأمر .

* كما عُقدت ثلاث معاهدات أخرى في جنيف أيضاً عام 1931 لتوحيد قواعد الشّيك .

- انظر ، محسن شفيق ، مرجع سابق ، ج. 1، ص 47 وما ب.

- أيضاً ، ادوار عيد ، الأسناد التجاريّة ، مرجع سابق ، ج. 2، ط. 1967 ، ص 402 وما ب (ملحق بنصوص المعاهدات).

(2) - أدخلت أحكام معاهدات جنيف في التّشريع الفرنسي بموجب المرسوم التّشريعي المؤرّخ في 30 أكتوبر 1935 وتعديلاته .

(3) - انظر ، شكري أحمد السّباعي ، مرجع سابق ، ج. 2 (الأوراق التجاريّة) ، ص 304.

2 - فقدان الصّفة التجاريّة للسّند لأمر :

إنّ الإخلال بالبيانات الإلزاميّة للسّند لأمر يؤدّي - كما هو الحال بالنّسبة للكمبيالة - إلى بطلان السّند كورقة تجاريّة «وتبقى لها قيمة قانونيّة في حدود القانون المدني إن توفّرت فيها شروط الحجج الخطية عموماً، أو اعتبارها أحياناً مجرّد بداية حجّة كتابية ...»[1] .

إلاّ أنّ المشرّع استثنى من البطلان بعض الحالات، وأعطى حلولاً افتراضيّة بديلة للبيانات النّاقصة من السّند ، وهو ما جاء بالفصل 340 م.ت. الذي ينصّ على أنّه : «إذا خلا السّند من أحد البيانات المبيّنة في الفصل السّابق فلا يعتبر سنداً للأمر إلاّ في الأحوال المنصوص عليها بالفقرات التّالية :

- إن سند الأمر الذي لم يعيّن فيه تاريخ الحلول يعدّ واجب الدّفع عند الاطلاع.
- إذا لم يكن بالسند تعيين خاصّ فيُعدّ مكان إنشائه هو مكان الدّفع، وهونفسه المكان الذي به مقرّ الملتزم.
- إن سند الأمر الذي لم يذكر به مكان انشائه، يعتبر محرراً بالمكان المبيّن بجانب اسم الملتزم».

وبمقارنة هذا الفصل بما جاء بالفصل 269 م.ت. نجد تطابقاً كليّاً في الحالات التي لا تَبطُل فيها كل من الكمبيالة والسّند للأمر رغم الإخلال ببعض البيانات الإلزاميّة الضروريّة لاعتبارها أوراقاً تجاريّة . وهذا دليل إضافي على وحدة الطّبيعة لكلا الورقتين .

---

(1) - الطيّب اللّومي ، الوسيط في الأوراق التجاريّة ...، مرجع سابق ، ص 460 و461.

ثانياً - الشّيك :

يُعتبر الشّيك السند الأكثر ذيوعاً في العمل بالقياس على باقي الأوراق التجاريّة[1] رغم حداثة نشأته ، حيث ظهر في انكلترا في القرن السابع عشر[2] ، «وتسرّبت عادة استعمال الشّيكات من أنكلترا إلى أوربّة وأمريكا. غير أنّ ذيوع استعمال الشيك في كلّ دولة يتوقّف على قدر نضوج (العادة المصرفيّة) في شعبها، أي على قدر إقبال الأفراد على إيداع نقودهم وثرواتهم المنقولة لدى البنوك...»[3] .

ويُعرّف الأستاذ ادوار عيد الشّيك بكونه : «صكّ مكتوب وفق شروط شكليّة معيّنة في القانون ويتضمّن أمراً صادراً من شخص يسمّى الساحب إلى شخص آخر هو المسحوب عليه - ويكون مصرفاً أو صيرفياً - بأن يدفع لشخص ثالث أو لأمره أو للحامل ، وهو المستفيد ، مبلغاً معيّناً بمجرّد الاطلاع على الشيك»[4].

أمّا الأستاذ العربي هاشم فيُعرّف الشّيك بأنّه : «كَتبٌ يأمر فيه شخص (الساحب أو الملتزم) صيرفياً (مسحوب عليه) بدفع مبلغ نقدي محدّد لشخص ثالث (المستفيد أو الحامل) أو لأمره»[5].

وبالمقارنة بين تعريفي الشّيك والكمبيالة نجد تشابهاً كبيراً بينهما، حيث إنّ العلاقة ثلاثية في كلّ منهما (ساحب - مسحوب عليه - مستفيد)، إلا أنّ الشّيك

---

(1) - انظر ، محمد محمود المصري ، أحكام الشّيك مدنياً وجنائياً ، دار المطبوعات الجامعيّة ، الاسكندرية ، ط. 2 ، 1985 ، ص 88 وما ب.

- انظر أيضاً ، محاسن بن يدر ، النّظام القانوني الجديد للشيك بتونس ، بحث لنيل الإجازة في الحقوق ، كلية العلوم القانونيّة والاقتصاديّة والاجتماعيّة ، الرّباط ، 1992 - 1993 ، ص 4 وما ب.

(2) - Cf., Léon JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, René RODIÈRE et Roger HOUIN, Droit commercial et Droit fiscal des affaires, T. 2, DALLOZ, Paris, 3ème éd., 1965, p. 93 et suiv.

- انظر ، علي الشواربي ، تطوّر النظام القانوني للشيكات ، قت. مارس 1998 ، ص 89.

(3) - محسن شفيق ، مرجع سابق ، مجلد 2 ، ص 695 .

(4) - ادوار عيد ، الأسناد التجاريّة ، ج. 2 (الشيك) ، مرجع سابق ، ص 6.

(5) - Mohamed Larbi HACHEM, Op. Cit., p. 185.

يكون دائماً مسحوباً على مصرفٍ أو مؤسّساتٍ ماليةٍ شبيهة يحدّدها القانون كمكاتب البريد مثلاً[1] .

وهذا ما جعل القانون الإنكليزي يعرّف الشّيك بأنّه:«كمبيالة فوريّة مسحوبة على بنك»[2] .

من جهة أخرى يختلف الشّيك عن السند للأمر في كونه مثل الكمبيالة ينشأ بين ثلاثة أطراف، في حين أنّ السّند للأمر ينشأ بين طرفين فقط (ملتزم ومستفيد)[3].

ومن أهمّ ما يميّز الشّيك عن الكمبيالة والسّند للأمر هو انفراده بالخضوع للقانون الجزائي في جرائم خاصّة به[4] (كجريمة الشيك بدون رصيد)[5].

وقبل دراسة الصّبغة التجاريّة للشّيك (ب)، لابدّ من التعرّض لإنشاء وإصدار الشّيك (أ).

---

(1) – انظر ، الطيب اللّومي ، الوسيط في الأوراق التجاريّة...، مرجع سابق ، ص 387 وما ب.
– أيضاً ، محمد الهاشمي دحيدح ، مدى انطباق أحكام القانون التّجاري على الشّيك البريدي، قت. ماي 1984 ، ص 7 وما ب.
– أيضاً ، الياس ناصيف ، مرجع سابق ، ج. 1 ، ص 382 .
– انظر ، تع. جز. عدد 1733 مؤرخ في 9 مارس 1977 ، ن. مح. تع. 1977 ، ج. 1، ص 124 .
(2) – انظر ، فرج البقلوطي ، الشّيك ، قت. جانفي 1965 ، ص 8 .
– أيضاً ، فوزي محمد سامي ، مرجع سابق ، ج. 2، ص 293.
(3) – انظر ، محمد علي راتب بك ، مرجع سابق ، ص 2 وما ب.
(4) – انظر ، الطيب اللّومي ، الشيك وجرائمه ، قت. جانفي 1986 ، ص 39 وما ب.
– أيضاً ، فتحي بن يوسف ، جرائم تدليس الشّيك ، قت. جويلية 1992 ، ص 33 وما ب.
(5) – انظر ، عبد الله الأحمدي ، التّشريع الجديد المتعلّق بجريمة إصدار شيك بدون رصيد ، قت. ماي 1987 ، ص 25 وما ب.
– أيضاً ، عبد الفتاح الزاراتي ، الجديد في قانون الشّيك بدون رصيد ، قت. فيفري 1990 ، ص 17 وما ب.

أ - إصـــدار الشّـــيـــك :

لم يُعرّف المشرّع التّونسي الشّيك، كما فعل المشرّع الفرنسي في قانون 14 جوان 1865، الذي نص الفصل الأول منه على أنّ «الشيك هو محرّر مكتوب في شكل أمر بالدّفع يتمكّن بمقتضاه السّاحب أو الغير من قبض كلّ أو بعض النّقود المقيّدة لذمّة السّاحب في حسابه لدى المسحوب عليه»[1] .

إلا أنّ المجلّة التجاريّة التونسيّة عَدّدت البيانات الواجب توفّرها في الشّيك، ليكون صحيحاً وخاضعاً للقانون الصّرفي وتعرّضت لبعض أنواعه[2].

1 - البيانات الإلزاميّة للشّيك :

الشيك سند شكلي يجب أن تتوفّر فيه الشّروط الموضوعيّة والشكليّة المطلوبة لكلّ التصرّفات القانونيّة، بالإضافة إلى بيانات خاصّة به وردت بالفصل 346 من المجلّة التجاريّة، الذي ينصّ على أنّه : «يحتوي الشّيك على البيانات الآتية :1 - ذكر كلمة شيك مدرجة في نصّ السند نفسه باللّغة التي كُتب بها .

2 - التوكيل المطلق المجرّد بدفع مبلغ معيّن .

3 - اسم الشخص الذي يجب عليه الدّفع (المسحوب عليه) .

4 - تعيين المكان الذي يجب فيه الدّفع .

5 - تعيين تاريخ انشاء الشّيك ومكانه .

6 - توقيع من أصدر الشّيك (الساحب)» [3] .

ولابدّ من إبداء بعض الملاحظات على شكليّات الشّيك، لتوضيح خصوصيته بالقياس على شكليّات الكمبيالة وغيرها من الأوراق التجاريّة :

- إذا كان من المُمكن تحرير الكمبيالة والسّند للأمر على ورقة عاديّة، فإنّ الفصل 410 (الجديد) من المجلة التجاريّة التونسيّة ألزم البنوك بإصدار صيغ شيكات تُسلّم لحرفائها، إذ جاء فيه بعد تنقيحه بالقانون عدد 28 المؤرّخ في 3 أفريل 1996 أنّه : «على كل مصرف أن يفتح حساباً يجري العمل به بالشّيك لكلّ حريف يطلب منه ذلك .

---

(1) - انظر ، أمين محمد بدر ، الأوراق التجاريّة في التشريع المصري ، مرجع سابق ، ص 425.

(2) - اهتمّ المشرّع التّونسي بالشّيك وخصّص له سبعةً وستين فصلاً من المجلة التجاريّة (الباب الثالث من الكتاب الثالث منها).

(3) - انظر ، النوري قطاطة ، الشيك ، محاضرة أُلقيت في اللقاء الجهوي (الأوراق التجاريّة) الذي نظّمه المعهد الأعلى للقضاء بتاريخ 22 - 23 جانفي 1993 بقفصة ، ص 97 وما.

وعليه إعداد صيغ شيكات منصوص بكل واحدة منها على بيانات يحدّدها منشور صادر عن البنك المركزي التّونسي...».

هذا يجرّنا إلى التّساؤل : هل أنّ تحرير شيك على ورقة عاديّة يجعله باطلاً مثلاً، أو قابلاً للرّفض من طرف البنك ؟

يبدو أنّه لا يوجد تحجير قانوني يمنع على الأشخاص تحرير الشّيك على ورقة عاديّة (وهو ما يحدث أحياناً بصورة اضطراريّة) ، ويبقى ممكناً الاعتراف به كشيك إذا توفّرت فيه شروطه الموضوعيّة والشكليّة .

- خلافاً للكمبيالة والسّند للأمر ، يعدّ الشّيك أداة وفاء فحسب[1] ، ويجب ألا يكون أداة ائتمان أبداً[2] ، لذا لا نجد بين البيانات الالزاميّة في الشيك تاريخ الوفاء ، لأنّه واجب السّداد بمجرّد الاطلاع عليه (فصل 371 م.ت.)[3] ويعتبر بمثابة النّقود[4] .

- يجوز إنشاء الشّيك للحامل ابتداءً (فصل 351 م.ت.)[5]، لذا لا نجد بين البيانات الإلزاميّة اسم المستفيد من الشّيك، خلافاً للكمبيالة والسند للأمر

---

(1) - انظر، حسين يوسف غنايم ، المعارضة في الوفاء بقيمة الشّيك ، قت. جانفي 1995، ص 55.
- انظر، تع. مد. عدد 6273 مؤرّخ في 10 مارس 1983 ، ن.مح. تع. 1983 ، ج. 1، ص 132.

(2) - انظر، حامد الشريف ، شيك الضّمان والوديعة والإئتمان بين النظريّة والتطبيق ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، 1997 ، ص 9 وما ب.
- انظر، تع. جز. عدد 11687 مؤرّخ في 31 مارس 1976 ، ن. مح. تع. 1976، ج. 2، ص 60.
- أيضاً، تع. جز. عدد 4248 مؤرّخ في 25 جوان 1980 ، قت. أكتوبر 1981 ، ص 90.

(3) - انظر، تع. مد. عدد 39580 مؤرّخ في 20 سبتمبر 1995 ، قت. ديسمبر 1995 ، ص 59 .
- أيضاً ، تع. مد. عدد 27747 مؤرخ في 4 سبتمبر 1990 ، ن. مح. تع. 1990 ، ص 123.

(4) - انظر ، تع. جز. عدد 19408 مؤرخ في 7 جوان 1988 ، قت. ماي 1990 ، ص 135.
- أيضاً ، قر. تع. عدد 4212 مؤرخ في 26 أكتوبر 1959 ، قت. جانفي 1960 ، ص 40.

(5) - ينصّ الفصل 351 م.ت. على ثلاثة أشكال من المستفيدين في الشّيك،فقد يكون اسمياً وقابلاً للتظهير أو اسمياً غير قابل للتظهير أو للحامل ، والنّوع الثاني يتمّ تداوله بطريقة الحوالة المدنية . والنوع الثالث يتمّ تداوله بالمناولة .

اللّذين يفرض المشرّع التّونسي أن يعين فيهما اسم الشّخص الذي يجب أن يتمّ الدّفع له أو لأمره (فصل 269 و339 من المجلّة التجاريّة).

2 - أنواع الشّيك :

الملاحظ أنّ أهمّية الشّيك تتعاظم يوماً بعد يوم، سواء في الحياة التجاريّة أو حتى خارجها ، ويعتبر الشّيك الأداة الأساسيّة التي يستعملها حرفاء البنك للتصرّف بأموالهم المودعة لديه[1] ، وأحياناً يكون التّعامل به الزامياً[2].

وتوجد أنواع خاصّة كثيرة من الشيكات تتميّز ببعض الخصائص[3]، أظهرها التّعامل التّجاري وتزايد انتشارها بصورة كبيرة . ومن أهمّ هذه الأنواع:

- **الشّيك المُسطّر Le chèque barré** [4] : يتميّز بوجود سطرين متوازيين على صدره[5] ، فيصبح المسحوب عليه ملزماً بعدم الوفاء بالشّيك إلا للسّاحب أو أحد المصارف المعروفة لديه . «وقد اهتدى التّفكير إلى هذا النّوع من الشيكات بغاية القضاء على مخاطر السّرقة أو الضّياع...»[6].

نظّم المشرّع التّونسي التسطير في القسم الرّابع من الباب الثالث من المجلّة التجاريّة، حيث نصّ الفصل 383 منها على أنّه : «يجوز لساحب الشّيك أوحامله أن يُسطّرهُ ، فتكون له النّتائج المبيّنة بالفصل التالي .

---

(1) - جعفر الجزّار ، العمليات البنكية (مبسّطة ومفصّلة) ، دار النّفائس ، بيروت ، ط. 1، 1996 ، ص 43.

(2) - في تونس مثلاً يتوجب على كلّ موظّف يتجاوز دخله الشّهري المائة دينار، أن يفتح حساباً جارياً لدى بنك .

- انظر ، الطيّب اللّومي ، الوسيط في الأوراق التجاريّة في التّشريع التّونسي ، مرجع سابق، ص 374 .

(3) - انظر ، عماد الدبابي ، الشيك وبدائله ، قت. جانفي 1995 ، ص 9.

(4) - Cf., Joseph HAMEL, Banques et opérations de banque, T. 2 (LE CHÈQUE), Sirey, Paris, 1969, p. 250 et suiv.

(5) - Cf., Mohamed Hédi LAKHOUA, Op. Cit., p. 192 et suiv.

(6) - شكري أحمد السّباعي ، مرجع سابق ، ج. 2، (الأوراق التجاريّة) ، ص 361.

يحصل التّسطير بوضع خطّين متوازيين على وجه الشّيك، ويكون التسطير عاماً أو خاصاً .

يكون التسطير عاماً إذا كان لا يتضمّن بين الخطّين أي تعيين أو كلمة «صيرفي» أو ما يقابلها. ويكون خاصّاً إذا كُتب بين الخطّين اسم أحد الصّيارفة .

إنّ التّسطير العام يمكن تحويله إلى تسطير خاصّ، غير أنّه لا يجوز تحويل التّسطير الخاصّ إلى تسطير عام .

إنّ التّشطيب على التسطير أو على اسم الصّيرفي المعيّن ، يعتبر كأن لم يكن».

يختلف الشيك المسطّر عن نوع آخر من الشّيكات يُطلق عليه اسم الشّيك المقيّد في الحساب Chèque de virement ou à porter en compte [1]، الذي لا يجوز صرفه نقداً بأيّة حال من الأحوال ، بل يتمّ تسوية ذلك الشّيك قيدياً فقط [2]، حيث يقوم المسحوب عليه بتسديده عن طريق قيد قيمته في حساب الحامل أوبالنّقل من حساب السّاحب إلى حساب الحامل بالمقاصة[3] .

والمشرّع التّونسي اعتبر أنّ الشّيك المقيد في حساب خاضع لأحكام الشّيك المسطّر، إذا كان مسحوباً في الخارج وواجب الدّفع في تونس (فصل 385 م.ت.).

- **الشيك المُعتمَد (Chèque certifié)** : لا يُعرض الشّيك للقبول - كما في الكمبيالة - لأنّه مستحقّ الوفاء بمجرّد الاطلاع عليه ، وهو ما جاء بالفصل 349 م.ت، إذ تنصّ الفقرة الأولى منه على أنّه : «لا يخضع الشّيك لشرط القبول، وكل عبارة متضمّنة للقبول تدرج بالشّيك تُعدّ لاغية».

إلا أنّ الفقرة الثّانية من نفس الفصل أجازت للمسحوب عليه التّأشير على الشّيك إثباتاً لوجود الرّصيد وقت تقديمه . ويطلق على الشيك في هذه الحالة اسم الشّيك المُؤشّر (Chèque visé) [4].

---

(1) - انظر ، الياس ناصيف ، مرجع سابق ، ج. 1 ، ص 416.

(2) - انظر ، عبد الله محمد عمران ، مرجع سابق ، ص 368 .

(3) - انظر ، فرج البقلوطي ، الشّيك ، مقالة سابقة ، ص 12 .

(4) - Cf., Youssef KNANI, Op. Cit., p. 348 et suiv.

إلاّ أنّ السّاحب أو الحامل يمكنه الطلب من المسحوب عليه أن يشهد باعتماد الشّيك الذي توفّر الرّصيد المقابل له، ويطلق عليه آنذاك الشّيك المُعتمَد (Chèque certifié) ، وهو ما نصّ عليه الفصل 350 م.ت. في فقرته الأولى .

يختلف الشّيك المُعتمَد عن الشّيك المُؤشّر بالتزام المسحوب عليه بحجز الرّصيد لمصلحة الشّيك المُعتمَد حتى نهاية آجال العرض القانونيّة (فقرة ثانية من الفصل 350 م.ت.).

ولا يحقّ للمسحوب عليه رفض اعتماد الشّيك، إلا إذا كان الرّصيد غير موجودٍ أو غير كافٍ[1] .

- **الشّيك الطّائر** : ويطلق عليه أحياناً اسم الشّيك الدّاخلي أو شيك الشبّاك (Chèque guichet) ، يستعمل داخل البنك أو مكتب البريد ممّن لهم حساب فيه لسحب النّقود مباشرة ، ويكون غير قابل للتّداول[2] ، أي أنّ الحريف يجرّر الشّيك لفائدته.

وهذا يثير مسألة مدى اعتباره شيكاً ، لعدم وجود طرف ثالث (المستفيد) . إلاّ أنّ الفصل 352 م.ت. اعترف بهذا النّوع من الشّيكات رغم اندماج صفتي السّاحب والمستفيد في شخص واحد، إذ نصّت الفقرة الأولى منه على أنّه : «يمكن تحرير الشّيك لأمر السّاحب نفسه...»[3].

- **الشّيك السّياحي أو شيك المُسافر (Chèque de voyage)** : وهو نوع خاصّ من الشّيكات ظهر في أمريكا[4] باسم Travellers' checks ، ويطلق عليه أحياناً اسم الشّيك المتنقّل (Chèque circulaire) [5].

ويقصد به الشيك المسحوب من مصرف على فروع تابعة له في الخارج أو مصارف له تعامل معها، لمصلحة مسافر يخشى ضياع أو سرقة نقوده ، ويُزوّد مع الشيكات بكتابٍ يحمل توقيعَهُ،لمضاهاته بتوقيعِهِ على الشّيك أمام المصرف المسحوب عليه في الخارج .

---

(1) - انظر ، المختار بكور ، مرجع سابق ، ص 220 و221 .

- أيضاً ، فوزي محمد سامي ، مرجع سابق ، ج. 2 (الأوراق التجاريّة) ، ص 373 وما ب.

- Cf., Joseſh HAMEL, Op. Cit., T. 2 (LE CHÈQUE), p. 259 et suiv.

(2) - انظر ، فتحي بن يوسف ، مقالة سابقة ، ص 46 .

(3) - انظر ، فرج البقلوطي ، الشّيك ، مقالة سابقة ، ص 11 .

(4) - انظر ، هشام فرعون ، القانون التّجاري البرّي ، مرجع سابق ، ج. 2، ص 149.

(5) - انظر ، شكري أحمد السّباعي ، مرجع سابق ، ج. 2 (الأوراق التجاريّة) ، ص 366 و367.

يبدو أنّ القضاء التّونسي لم يعتبر هذا الصّنف من السّندات شيكاً، بل مجرّد ورقة التزام عاديّة، وهو ما ورد في حكم جنائي صادر عن محكمة الاستئناف بتونس[1] ، إذ جاء مُصرّحاً بأنّ : «... ورقة شيك السّفر التي دلّسها المتّهم، لا تتميّز بالصّفات القانونيّة الجوهريّة التي هي قوام ورقة الشّيك الصّرفي التي يحدّدها القانون التّجاري، إذ هي لا تعدو أن تكون وسيلة لإثبات أنّ حريف المؤسّسة الصّرفية التي أنشأت شيك السّفر مدينةٌ لحريفها الموقّع على السّند بالمبلغ الثابت به ...».

أمّا في التّشريع اللّبناني فقد أُخضعت هذه الشّيكات للأحكام التي تسري على الشّيكات العادية، إلا أنّها تستلزم قبل إصدارها ترخيصاً مسبّقاً من المصرف المركزي[2] .

يبدو أنّ الشيك السياحي في حقيقته هو سند تتوفّر فيه كل مقومات الشّيك، وخصوصاً إذا كان المسحوب عليه أحد فروع المصرف الساحب ، إذ يمكن الاستناد في هذه الحالة إلى الفقرة الثالثة من الفصل 352 من المجلّة التجاريّة التونسيّة، التي تنصّ على أنّه : «... لا يجوز سحب الشّيك على السّاحب نفسه إلا في صورة سحبه من مؤسّسة على مؤسّسة أخرى مملوكة لساحبه نفسه وبشرط أن لا يكون هذا الشّيك للحامل».

وبالإضافة إلى هذه الأنواع من الشيكات توجد أنواع كثيرة أخرى[3] ، ولا تزال المصارف تبتكر وتُطالعنا بين الحين والآخر بالجديد .

---

(1) – قرار استئنافي عدد 10280 مؤرخ في 24 جوان 1986 . مذكور في كتاب الأستاذ الطيب اللّومي ، الوسيط في الأوراق التجاريّة ، مرجع سابق ، ص 386 وما ب.

(2) – انظر ، مصطفى كمال طه ، القانون التّجاري (الأوراق التجاريّة والإفلاس) ، مرجع سابق ، ص 300 و301.

(3) – هناك مثلاً : – شيك المطعم Chèque restaurant
– شيك السيارة Chèque - Auto
– الشيك المستندي Chèque documentaire
– الشيك الخاصّ بالبنزين Chèque essence

وليس حتماً كل الأنواع تعتبر شيكات بالمعنى القانوني ، فلا بدّ من توفّر الشروط والبيانات الإلزاميّة التي فرضها القانون لاعتبار السند شيكاً لكي يخضع للقانون الصرفي.

ب - تجاريّـــة الشّيـــك :

تدور الشّكوك حول الصبغة التجاريّة للشيك، ويفقد هذه الصبغة أحياناً لنقصان أحد بياناته الإلزاميّة.

1 - الصّبغة التجاريّة للشّيك :

لم يتعرّض الكثير من التّشاريع - ومنها التّشريع التّونسي - للصّبغة التجاريّة للشيك، وبذلك أصبحت المسألة محلاً للاجتهاد، لاختلاف الفقهاء فيها[1].

فالأستاذ أمين بدر مثلاً يقول : «أنّ الشّيك يجب أن يُعتبر محرّراً قائماً بذاته مستقلاً في كيانه عن سائر الأوراق التجاريّة ، وأنّه لا يجوز قياسه من النّاحية التجاريّة على الكمبيالة ولا على السّند الإذني...»[2] .

يبرّر أصحاب هذا الاتّجاه الاختلاف بين هذه الأوراق بأنّ : «الشّيك يستخدم بكثرة كأداة وفاء حتى في المعاملات العادية للأفراد . ومن ثمّ فلا محلّ للأخذ في شأنه بالتجاريّة بالشّكل كالكمبيالة ...»[3] .

يقول الأستاذ الياس ناصيف في هذه المسألة : «لا يُعتبر سحب الشِك (بدون ياء) أو تظهيره عملاً تجارياً بطبيعته، بل يمكن أن يكون تجارياً بالتبعيّة. فبالنّسبة للسّاحب يكون تجارياً، إذا كان السّاحب تاجراً وسحبَ الشِك لحاجات تجارته...»[4].

---

(1) - انظر ، فتحي بن يوسف ، مقالة سابقة ، ص 34 .
- ايضاً ، محمد فهمي الجوهري ، مرجع سابق ، ص 37 .

(2) - أمين بدر ، الأوراق التجاريّة في التّشريع المصري ، مرجع سابق ، ص 435 .

(3) - مصطفى كمال طه ومراد منير فهيم ، القانون التّجاري (الأوراق التجاريّة والإفلاس) ، مرجع سابق ، ص 18.
- Cf., RIPERT et ROBLOT, Op. Cit., T. 2, p. 265.

(4) - الياس ناصيف ، مرجع سابق ، ج. 1 ، ص 381.
- انظر ، فرج البقلوطي ، مقالة سابقة ، ص 7 . وعماد الدبابي ، مقالة سابقة ، ص 9.
- ايضاً ، الطيّب اللّومي ، الوسيط في الأوراق التّجارية في التّشريع التّونسي ، مرجع سابق، ص 371 .
- Cf., Joseph HAMEL, Banques et opérations de Banque, Op. Cit., T.2, p. 37.

وهناك من الفقهاء من يرى أنّ الشّيك ورقة تجاريّة مطلقة، شأنه شأن الكمبيالة. ومنهم الأستاذ جاك الحكيم، إذ يقول: «يخضع الشّيك إلى الأحكام المنصوص عنها في قانون التّجارة، أيّاً كان ساحبه والدين الذي حرّر الشّيك لوفائه، مما يجعل له صفة تجاريّة حكماً أسوة بغيره من الأسناد التجاريّة...»[1].

يبدو أنّه لا يوجد ما يمنع في التشريع التّونسي من اعتبار الشّيك ورقة تجاريّة مطلقة قياساً على الكمبيالة، وذلك استناداً إلى بعض الاعتبارات والحجج المنطقيّة وأهمّها :

- إن أحكام الشّيك مُدرجة في المجلّة التجاريّة - حتى المتعلّقة منها بالجانب الجزائي - وخُصّص له فيها ثمانية وسبعون فصلاً . وهذا يؤكّد أنّ الشّيك من الأوراق التجاريّة ، خصوصاً وأنّ أحكامه جاءت مباشرة بعد أحكام الكمبيالة والسّند للأمر . وقد جاء في قرار تعقيبي تأكيداً على ذلك، عندما ورد في إحدى حيثياته : «حيث أنّه من المعلوم أنّ الشّيك هو سند تجاري يجب الوفاء بقيمته حين الاطلاع عليه...»[2].

- يخضع الشّيك - ككلّ الأوراق التجاريّة - لأحكام القانون الصّرفي، وكما هو معروف فإنّ هذا القانون هو جزء خاصّ من أحكام القانون التّجاري ، وتخضع له كلّ الشيكات السليمة بتكوينها .

- التّشابه الكبير بين الشّيك والكمبيالة - وهو ما دفع المشرّع الانكليزي لتعريفه بأنّه : «كمبيالة مسحوبة على مصرف للوفاء بها لدى الاطلاع» - يجعل من المنطقي القياس على الكمبيالة، واعتبار الشّيك عملاً تجارياً مطلقاً كلّما توفّرت فيه الشّروط والشكليات المحدّدة بالقانون .

- ردّاً على القائلين بأنّ الشّيك هو فقط أداة وفاء، وليس أداة ائتمان كالكمبيالة والسّند للأمر ، نشير إلى أنّ وظيفة الوفاء موجودة أيضاً في الكمبيالة والسّند للأمر ، وإقرار الصّبغة التجاريّة لم يُربط فقط بوظائف هذه الأوراق، وإنّما بنظامها ككلّ وخصوصيتها، حتى بالنّسبة إلى الباقي السندات التجاريّة.

---

(1) - جاك يوسف الحكيم ، مرجع سابق ، ص 262.

(2) - تع. جز. عدد 11687 مؤرخ في 31 مارس 1976 ، ن. مح. تع. 1976 ، ج. 2، ص 61.
- بنفس المعنى انظر،تع. مد،عدد 39580 مؤرّخ في 20 سبتمبر1995،قت. ديسمبر1995، ص59.

- إذا اعتبرنا أنّ الشّيك هو عملٌ تجاريٌ بالتبعيّة، وهذا يؤدّي إلى أنّ الشّيك الذي يصدره غير التجّار هو سند مدني ، فعلى أيّ أساس يخضع لأحكام القانون الصّرفي الذي لا تسري أحكامه إلاّ على الأوراق المُعتبرة من قبيل الأعمال التجاريّة[1] .

جميع هذه الأسانيد تُؤكّد تجاريّة الشّيك ، وحبّذا لو أنّ المشرّع التّونسي صرّح بطبيعة الصّبغة التجاريّة للشّيك، كما فعل بالنّسبة للكمبيالة ، مع العلم أنّ التوجّه التّشريعي الحديث يميل إلى إعطاء الشّيك الصّبغة التجاريّة المطلقة، كالقانون التّجاري الكويتي مثلاً، الّذي أقرّ ذلك صراحة في الفصل الخامس منه، إذ ينصّ على أنّه : «تعدّ أعمالاً تجاريّةً الأعمالُ المتعلّقة بالأمور الآتية ، بقطع النّظر عن صفة القائم بها أو نيته :

- ....
- ....
- 5 - الكمبيالات والسّندات لأمر والشّيكات ...».

وفي نفس السّياق نجد الفصل السّادس من قانون التّجارة العراقي الذي نصّ على أنّه : «يكون إنشاء الأوراق التجاريّة والعمليات المتعلّقة بها عملاً تجاريّاً بصرف النّظر عن صفة القائم بها ونيّته».

وبالرّغم من التأكيد على تجاريّة الشّيك وإدراجه في عائلة الأوراق التجاريّة ، فإنّه من الممكن أن يفقد هذه الصّبغة التجاريّة في بعض الحالات .

2 - فقدان الشّيك صفته التجاريّة :

مبدئيّاً لا يعتبر السّند الّذي لا يحوي على البيانات الإلزامية المُعدّدة في الفصل 346 من المجلّة التجاريّة شيكاً ، ولا يخضع للقانون الصّرفي لسقوط الصبغة التجاريّة عنه .

إلاّ أنّ الفصل 347 م.ت. أورد على هذا المبدأ استثناءين : يتعلّق الأول بمكان الدّفع، والثاني بمكان الإنشاء[2]، إذ ينصّ هذا الفصل على أنّه «إذا خلا السّند

---

(1) - انظر ، محسن شفيق ، نظرات في أحكام الشّيك في تشريعات البلاد العربيّة ، معهد الدراسات العربيّة العالية ، القاهرة ، 1962 ، ص 15.

(2) - انظر ، تع. جز. عدد 43746 مؤرخ في 27 ماي 1992، قت. جانفي 1995 ، ص 160.

من أحد الأمور المبيّنة في الفصل السّابق فلا يعتبر شيكاً إلا في الأحوال المنصوص عليها بالفقرات الآتية :

- إذا خلا الشّيك من بيان مكان الوفاء ، فإنّ المكان المبيّن بجانب اسم المسحوب عليه يعتبر مكان الوفاء به، فإن ذُكرت عدّة أمكنة بجانب اسم المسحوب عليه فيكون الشّيك واجب الدّفع في المكان المذكور أوّلاً .

- وإذا لم تذكر هذه البيانات أو غيرها، يكون الشّيك واجب الدّفع في المكان الّذي به المحلّ التّجاري الأصلي للمسحوب عليه .

- إنّ الشّيك الّذي لم يُذكر فيه مكان إنشائه، يعتبر إنشاؤه قد تمّ في المكان المبيّن بجانب اسم السّاحب».

وعند فقد الشّيك لصفته كسند تجاري، فإنّه يتحوّل إلى سند مدني، وتضعف قوّته كوسيلة لإثبات الحقّ، ويحتاج إلى تدعيم بوسائل أخرى للحصول على الحقّ الوارد فيه، ويخضع للقانون المدني وقواعده العامّة .

إذن يمكن القول إنّ الأوراق التجاريّة تكتسب الصّفة التجاريّة في جميع الأحوال ، بشرط أن تكون مستوفية لجميع الشّروط الواردة في المجلّة التجاريّة (تحت طائلة فقدانها لهذه الصّفة وتحولها إلى أسناد عادية لا تخضع للقانون الصّرفي). فهي معتبرة حكماً تجاريّة بطبيعتها[1] .

وحبّذا لو صرّح المشرّع التونسي بذلك لقطع الشكّ، كما فعل المشرّع العراقي في الفصل السّادس من القانون التّجاري، حيث اعتبر أنّ إنشاء الأوراق التجاريّة وكذلك العمليات المتعلّقة بها عملاً تجارياً مطلقاً بصرف النّظر عن صفة القائم بها ونيّته.

ولربّما يكون الإطلاق في تجاريّة هذه الأوراق معياراً لتفرقتها عن باقي السندات القابلة للتداول .

---

(1) - هشام فرعون ، القانون التجاري البرّي ، مرجع سابق ، ج. 2 ، ص 9.

المبحث الثاني : تجاريّة باقي السندات القابلة للتداول

يزخر الميدان التّجاري – إلى جانب الأوراق التجاريّة – بالسّندات القابلة للتّداول بالطّرق التجاريّة ، وأهمّها ما يطلق عليها اسم الأوراق المالية أو القيم المنقولة (Les Valeurs Mobilières) (الفقرة الأولى)، التي تتمتّع بخصائص تميّزها عن باقي الصّكوك المتعامل بها في الميدان التّجاري (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : الأوراق الماليّة (القيَم المنقولة)

الأوراق المالية : هي أسناد قابلة للتّداول تصدر بالجملة، وتُخوّل لمالكها الحقّ بقيمٍ متساوية من المال ، ويمكن تسعيرها عموماً في الأسواق المالية والبورصات. وأهمّها أسهم الشّركات والرّقاع (سندات الدّين)[1]. ويمكن أن تصدر هذه الأوراق الماليّة[2] عن أشخاص وكيانات خاصّة أو عامّة[3] .

«ولم تفتْ المشرّع التّونسي أهميّة الأوراق الماليّة في بناء الاقتصاد الوطني ومواكبة التطوّر التّشريعي العالمي، على غرار ما هو موجود في الدّول المصنّعة أو النامية، فسنّ القانون عدد 49 لسنة 1989 المؤرّخ في 8-3-1989 المتعلّق بالسّوق المالية، وذلك بغاية التّشجيع على تداولها بالسّوق...»[4].

---

(1) – بيار صفا ، مرجع سابق ، ص 111.

(2) – يُطلق على الأوراق المالية أيضاً اسم القيم المنقولة، إلا أنّ البعض يعترض على تسميتها بالأوراق المالية ، لأنّها تختلط بالأوراق المالية التي تسحبها البنوك على حرفائها، لتدعيم الائتمان البنكي Effets ou papiers financiers .

– انظر ، شكري السّباعي ، مرجع سابق ، ج. 2، ص 7 .

(3) – انظر ، ادوار عيد ، الأسناد التجاريّة ، مرجع سابق ، ج. 1، ص 8 .

- Cf., RIPERT et ROBLOT, Op. Cit., T. 2, p. 5 et suiv.

- Cf., Tijani BEN AZIZA, La saisie des valeurs mobilières et des parts sociales, mémoire D.E.S. (Droit privé) , Fac. Dr. Scien. Pol. Econ, Tunis , 1974-1975 , p. 3 et suiv.

(4) – عبد الباسط خالدي ، الأوراق المالية ، قت. أكتوبر 1994 ، ص 159.

وقانون السّوق المالية لعام 1989 ألغى القانون عدد 13 المؤرّخ في 28 فيفري 1969 المتعلّق بإحداث بورصة القيم المنقولة ، ونصّ في الفصل 47 منه على تعويض عبارة «الأوراق المالية» مكان مصطلح «القيم المنقولة» في كلّ القوانين الجاري العمل بها ونصوصها التطبيقيّة.

ثمّ أعيد تنظيم السّوق الماليّة بالقانون عدد 117 المؤرّخ في 14 نوفمبر 1994 والّذي ألغى بدوره القانون عدد 49 لعام 1989 ، وأكّد من جديد على تسمية «الأوراق المالية» بدلاً من «القيم المنقولة» وذلك في الفصل 92 منه .

فما هي أنواع هذه الأوراق المالية (أولاً) ، وما مدى اكتسابها للصّفة التجاريّة (ثانياً) ؟

أولاً - أنواع الأوراق الماليّة :

يُعرّف الفصل 404 م.م.م.ت. الأوراق الماليّة بأنّها : «...السندات الاسميّة أوالمختلطة أو للأمر أو للحامل التي تصدرها الذّوات المعنويّة العموميّة أوالخصوصيّة، والقابلة للتّقويم والتّداول بالبورصة، وكذلك رقاع الفائدة وحقوق الاكتتاب والأسناد المقتطعة من تلك السّندات».

الملاحظ في هذا التّعريف التّشريعي أنّه أبرز أهمّ خصائص الأوراق المالية، وهي قابليّة التّقويم والتّداول بالبورصة، كما عدّد بعض أنواع هذه الأوراق على سبيل المثال[1] .

وقد عرّف مشروع مجلّة الشّركات التجاريّة الأوراق المالية في الفصل 314 منه، الذي ينصّ على أنّه : «تُعتبر أوراقاً ماليّة على معنى هذه المجلّة السندات من نفس الصّنف، المُسعّرة أو القابلة للتّسعير المُتأتّية من نفس الجهة المصدرة، والتي تُخوّل بذاتها حقوقاً متساوية لحامليها...».

---

(1) - المُلاحظ انّ الأوراق المالية تصدر عموماً عن ذوات معنوية ، وغالباً ما تصدر عن شركات المساهمة ، وهذا لا يمنع صدورها عن كيانات لا تتمتّع بالشخصيّة المعنويّة كالصّناديق المشتركة للتّوظيف في الأوراق الماليّة (الفصلان الأول والرابع من القانون عدد 107 المؤرّخ في 16 نوفمبر 1992 المتعلّق بإحداث أدوات مالية جديدة لتوظيف الإدّخار) ، رائد رسمي. عدد 78 مؤرّخ في 20 نوفمبر 1992 ، ص 1523.

وبالنّظر إلى الحقوق التي تمنحها الأوراق الماليّة لحامليها تجاه المؤسّسات التي أصدرتها، يمكن تقسيمها إلى أوراق ماليّة -غالباً ما تكون ذات حقوق كاملة- وهي ما يطلق عليها اسم أوراق المساهمة (أ) ، وأوراق مالية ذات حقوق منقوصة وتسمّى سندات الدّين (ب) .

أ - أوراق المساهمة في رأس المال :

يقسم رأس المال في شركات الأموال إلى أسهم Actions ، وهو ما يؤكّده الفصل 48 من المجلّة التجاريّة، الذي يعتبر الاكتتاب بالأسهم من العناصر الأساسيّة للشّركة خفيّة الاسم (وكذلك الفصل 143 م.ت. المتعلّق بشركات المقارضة بالأسهم).

وتجوز في بعض الحالات تجزئة الحقوق التي تمثّلها الأسهم، أوإصدار عدّة أشكال للأسهم في الشّركة الواحدة .

ولأوراق المساهمة أربعة أشكال أساسيّة، تتمتّع بخصائص جوهريّة تفرقها عن باقي الأوراق الماليّة .

1 - أشكال أوراق المساهمة في رأس المال :

نصّ الفصل 35 من الترتيب العام لبورصة الأوراق المالية بتونس، المُؤشّر عليه بقرار وزير المالية المؤرّخ في 13 فيفري 1997 [1] على أنّه : «تُعتبر أوراق مساهمة في رأس المال : الأسهم العادية والأسهم الممتازة والأسهم ذات الأولوية في الرّبح دون حقّ الاقتراع وشهادات الاستثمار». وسنعرّف بهذه الأشكال بإيجاز:

- الأسهم العاديّة : الأسهم هي أوراق ماليّة قابلة للتداول[2]، تُمكّن حامليها من حقّ امتلاك جزء من رأسمال الشركة ، وتخوّل لهم حقّ المساهمة في اتّخاذ القرار في الشركة والحقّ في الأرباح وناتج التّصفية[3].

---

(1) - منشور بالرّائد الرّسمي، عدد 15 المؤرّخ في 21 فيفري 1997 ، ص 281.

(2) - انظر ، قرار استئنافي تجاري عدد 12361 مؤرّخ في 25 ديسمبر 1985 ، صادر عن محكمة الاستئناف بسوسة ، قت. أفريل 1989 ، ص 101.

- أيضاً، حكم استئنافي عدد 96017 مؤرّخ في 21 أكتوبر 1991 ، صادر عن محكمة الاستئناف بتونس، قت. جانفي 1993 ، ص 73.

(3) - نبيل بن عبد الله ، أسهم الشّركات ، قت. ديسمبر 1995 ، ص 13.

فالأسهم إذن هي أسناد تُصدرها شركة المساهمة، لإثبات حقوق المساهمين فيها[1]، وقد تكون أسهماً نقديّة[2] أو عينيّة، وقد تكون اسميّة أو للحامل[3].

وقد حدّد المشرّع التونسي قيمة الحدّ الأدنى للسّهم في الشركات خفيّة الاسم بالفصل 49 م.ت، الذي ينصّ على أنّه : «لا يجوز للشركات خفيّة الاسم تقسيم رأسمالها إلى أسهم أو أجزاء منها تقل عن خمسة دنانير ...».

تصبح الأسهم أو أجزاء الأسهم قابلة للتداول بعد دفع الرّبع من قيمتها، وهو ما نصّ عليه الفصل 56 م.ت، وتبقى الأسهم اسميّة حتى يتمّ الوفاء بقيمتها كاملة، إذ ينصّ الفصل 57 م.ت. على أنّه : «تكون الأسهم اسميّة أو للحامل. وتظلّ الأسهم اسميّة إلى أن يتمّ الوفاء بقيمتها كاملة...».

أمّا الأسهم المُمثّلة لحصص عينيّة، فقد أوجبت الفقرتان الخامسة والسادسة من الفصل 57 أن يتمّ الوفاء بقيمتها كاملةً عند إتمام الشركة، ولا يجوز تداولها إلا بعد مضي عامين من تكوين الشركة، ويوضع عليها طابع يدلّ على نوعها في تاريخ إتمام تكوين الشركة .

- **الأسهم الممتازة** : إذا كانت القاعدة العامّة أنّ أسهم الشركة تكون عادية Actions ordinaires لتساوي قيمة الأسهم وحقوق المساهمين فيها ، إلاّ أنّ هناك بعض الحالات تُصدر فيها الشركة أسهماً ممتازة (Actions privilégiées) ، تعطي لأصحابها حقوقاً وامتيازات إضافيّة لا تتوفّر في الأسهم العادية[4].

---

(1) - انظر ، أحمد شكري السباعي ، مرجع سابق ، ج. 6، ط. 1992 ، ص 116 وما ب.

(2) - عرّف الفصل 316 من مشروع مجلّة الشركات التجاريّة الأسهم النقديّة بكونها : «... الأسهم التي تُسدّد قيمتها بمال سائل أو بطريق المقاصة، أو التي تمّ اصدارها على إثر إدماج الأموال الاحتياطية أو الأرباح أو مُنح الإصدار في رأس المال...».

(3) - Cf. , J. GUYÉNOT, Op. Cit., Vol. 2, p. 623 et suiv.
- aussi, Philippe MERLE, Op. Cit., p. 284.

(4) - انظر ، فوزي محمد سامي ، مرجع سابق ، ج. 4 ، ط. 1997 ، ص 64 وما ب.

وتُصدر الشركات أسهم الامتياز عادة عند إنشائها، أو عند التّرفيع في رأسمالها[1]. ويمكن أن يكون الامتياز متعلّقاً بالأرباح، فيكون لحامل الأسهم الممتازة أولويّة أو نسبة معيّنة إضافيّة يقبضها قبل توزيع الأرباح بالتّساوي بين المساهمين .

ويمكن أن يكون الامتياز متعلّقاً بحقّ الاقتراع، كأن يكون لكلّ سهم ممتاز أكثر من صوت في الجمعيّات العامّة .

- **الأسهم ذات الأولويّة في الرّبح دون حقّ الاقتراع** : ينصّ الفصل 24 من القانون عدد 107 لعام 1992 المتعلّق بإحداث أدوات ماليّة جديدة لتوظيف الإدخار على أنّه : «يمكن أن تنصّ الأنظمة الداخليّة للشركات خفيّة الاسم على إحداث أسهم ذات الأوليّة في الرّبح دون حقّ الاقتراع».

. هذا الصّنف من الأسهم يُمكّن من حقّ الأولويّة في الحصول على أرباح يتمّ اقتطاعها مع المرابيح القابلة للتّوزيع قبل أيّ استعمال آخر، وذلك مقابل التّنازل عن حقّ الاقتراع[2].

ولا يجوز إصدار هذه الأسهم إلا إذا حقّقت الشركة أرباحاً خلال الثلاث سنوات الأخيرة، أوإذا وفّرت لحامليها تعهّداً بنكياً يضمن لهم دخلاً يساوي حدّاً أدنى من الأرباح محدّداً بالقانون (فصل 3/25 من القانون عدد 107 لعام 1992).

- **شهادات الاستثمار** : ينصّ الفصل 42 من القانون عدد 107 لسنة 1992 بعد إتمامه بالقانون عدد 118 لسنة 1994 [3] على أنّه : «يمكن للجلسة العامة الاستثنائيّة لشركة خفيّة الاسم أن تقرّر- بناءً على تقرير مجلس الإدارة وتقرير مراقب الحسابات - تجزئة الأسهم إلى سندين مختلفين :
- شهادة الاستثمار التي تمثّل الحقوق المالية المتعلّقة بالسّهم. وتكون الشهادة امتيازيّة عندما تمنح إليها الأولويّة في الأرباح .
- شهادة حقّ الاقتراع وتمثّل بقية الحقوق المتعلّقة بالسّهم».

---

(1) - انظر ، عزيز العكيلي ، القانون التّجاري ، مرجع سابق ، ج. 1، ص 282 و283.
(2) - نبيل بن عبد الله ، أسهم الشركات ، مقالة سابقة ، ص 22 .
(3) - الرّائد الرّسمي. عدد 90 تاريخ 15 نوفمبر 1994 ، ص 1979.

وبالرّجوع إلى الفصل 48 من نفس القانون نجده ينصّ على أنّه : «تعتبر شهادة الاستثمار ورقة ماليّة وتساوي قيمتها الاسميّة قيمة السّهم» .

فشهادات الاستثمار سندات قابلة للتّداول[1] ، وتعدّ من أوراق المساهمة في رأس مال الشركة . أمّا شهادات حقّ الاقتراع فهي دائماً اسميّة، ولا يمكن تحويل ملكيّتها، إلا في حالة الميراث أو الهبة أو ضمّ الشركة أو تقسيمها، أوإذا كانت مُرفقة مع شهادة الاستثمار، أي حالة رجوع تركيبة السّهم إلى صيغته الكاملة (الفصل 46 من القانون عدد 107 لعام 1992 بعد إتمامه بالقانون عدد 118 لسنة 1994).

2 - خصائص أوراق المساهمة في رأس المال :

تعتبر أوراق المساهمة في رأس المال أهمّ الأوراق الماليّة التي تصدرها الشّركات، وتعتمد عليها في وجودها ونشاطها ، بل يمكن اعتبارها مدار الشركة ومركز قوّتها .

والأسهم هي أهمّ أشكال السندات التي تثبت حقوق المساهمين في الشركة، وتتمثّل أهم خصائصها بما يلي :

- **للأسهم قيمة متساوية** : يجب أن يقسم رأس مال الشركة إلى أسهم أو (أجزاء أسهم Coupures) متساوية القيمة، تسهيلاً لإحصاء الأصوات وتوزيع الأرباح وتحديد سعر البورصة[2]، وهذا لا يمنع من صدور فئات بقيمة مختلفة طالما تكون أسهم الفئة الواحدة متساوية القيمة .
- **للأسهم حدّ أدنى في قيمتها الاسميّة** : ينصّ الفصل 49 من المجلّة التجاريّة على أنّه : «لا يجوز للشركات خفيّة الاسم تقسيم رأس مالها إلى أسهم أو أجزاء منها تقلّ عن خمسة دنانير...».

ولم يضعْ المشرّع حدّاً أعلى لقيمة السّهم. وهذا ما ساعد الشركات على إصدار أسهم ذات قيمة اسميّة مرتفعة (أسهم ثقيلة) لا تكون في متناول صغار المدّخرين[3].

---

(1) - انظر ، عز الدين بوزرارة ، الأوراق المالية المقبولة للتّداول لدى البورصة، قت. فيفري 1997، ص 61.

(2) - انظر ، أحمد شكري السّباعي ، مرجع سابق ، ج. 6 ، ط. 1992 ، ص 118 .

(3) - انظر ، أحمد عمران ، من أجل تشريع تجاري أكثر تشجيعاً للتطوّر الاقتصادي ، قت. فيفري 1994، ص 19.

ـ **قابلية الأسهم للتّداول** : وهي من أهمّ ما تتميّز به شركات المساهمة، وتعني «امكانيّة انتقال الأسهم من يد إلى أخرى، دون أن يتأثّر بذلك الضّمان العام لدائني الشركة...»[1].

يتمّ تداول الأسهم بعد الوفاء بربع قيمتها (فصل 56 م.ت.)، سواء كانت اسمية أو للحامل . وقد وردت بعض التقييدات على حرّية التداول، بعضها قانوني وبعضها اتفاقي[2] ، كعدم جواز تداول أسهم الضّمان (Actions de garantie) التي يملكها أعضاء مجلس الإدارة (الفصل 75 م.ت).

ـ **الأسهم تُحدّد مسؤوليّة المساهم عن ديون الشركة** : بما أنّ حصّة الشّريك في رأس مال شركة المساهمة محدّدة بمقدار الأسهم التي يملكها، فإنّ مسؤوليته عن ديون الشركة لا تتجاوز مقدار مساهمته[3]، وهو ما أكّده (الفصل 48 م.ت.).

ب - سندات الدين :

يوجد إلى جانب الأسهم سندات تجاريّة أخرى قابلة للتّداول، يُطلق عليها سندات الدين ، فلا بدّ من التعرّف على ماهيتها وأهمّ أنواعها .

1 - ماهية سندات الدّين :

ينصّ الفصل 47 من التّرتيب العام لبورصة الأوراق الماليّة بتونس على أنّه : «تعتبر سندات دين ، الرّقاع والرّقاع القابلة للتّحويل إلى أسهم والسندات المساهمة. وبصفة عامّة كلّ وصل يمنح حقاً في الحصول على سندات دين».

فسندات الدين إذن هي صكوك قابلة للتداول تصدرعن الدّولة أوالشركات العامّة أو الخاصّة ، وتمثّل بالنّسبة لمُصدرها ديناً طويل الأمد لحساب حامليها. وبهذا تختلف عن أوراق المساهمة في رأس المال التي تشكل جزءاً من رأس المال، وتمنح لحاملها صفة شريك في المؤسّسة التي تصدرها، في حين أن مركز

---

(1) - توفيق بن نصر ، مرجع سابق ، ص 245.

(2) - انظر ، عبد الحميد العابد ، حول مبدإ حرّية تداول الأسهم في الشركات خفيّة الاسم ، مج.قا.تو. 1993 ، ص 191 وما ب.

(3) - انظر ، فوزي محمد سامي ، مرجع سابق ، ج. 4 ، ص 68 و69.

حامل سندات الدّين هو مجرّد مُقرض للشركة، ولا يحصل على أرباح من الشركة بل فائدة، يحصل عليها دورياً أوعند انتهاء مدّة القرض حسب بنود عقد الإصدار.

2 - أنواع سندات الدّين :

لم يُعدّد المشرّع التّونسي بصورة حصريّة الصّكوك التي تعتبر من سندات الدّين، إذ ذكر ثلاثة أشكال لهذه السندات على سبيل المثال في الفصل 47 من التّرتيب العام للبورصة، وهي (الرّقاع والرّقاع القابلة للتّحويل إلى أسهم والسندات المساهمة)، ثم نصّ في آخر الفصل على امكانية إدراج أنواع وأشكال أخرى . فبصفة عامّة يعتبر من سندات الدّين كل وصل يمنح حقّاً في الحصول على هذه السّندات .

وسنقتصر على التعرّض للأشكال المذكورة صراحةً بشيء من الإيجاز :

- **الرّقاع (Obligations)** : يُعرّفها الفصل الأول من القانون عدد 111 لعام 1988 المتعلّق بضبط تراتيب القروض الرقاعيّة[1]، إذ ينصّ على : «أنّ الرّقاع هي قيم منقولة (أوراق ماليّة)[2] قابلة للتّداول، تمثّل حقّ المديونيّة وتكون اسميّة أو للحامل .
  - أنّ الرّقاع التي هي من إصدار واحد، والتي تكون لها نفس القيمة الاسميّة تخوّل نفس الحقوق .
  - لا يمكن أن تكون القيمة الاسميّة للرّقعة الواحدة أقلّ من 5 دنانير .
  - يقع إصدار الرّقاع لمدّة لا تقلّ عن خمس سنوات»[3] .

ولا يحقّ للشّركات خفيّة الاسم إصدار قروض رقاعيّة، إلاّ إذا بلغ رأسمالها المدفوع مليون ديناراً تونسياً، وهو ما نصّ عليه الفصل الأول من الأمر عدد 530 المؤرّخ في 22 ماي 1989 المتعلّق بتطبيق القانون عدد 111 لسنة 1988 [4].

---

(1) - قانون عدد 111 مؤرّخ في 18 أوت 1988 ، رائد رسمي، عدد 56 مؤرّخ في 26 أوت 1988 ، ص 1170،

(2) - أبدل مُصطلح (قيم منقولة) بمُصطلح (أوراق مالية) بموجب الفصل 92 من القانون عدد 117 لسنة 1994 المتعلّق بإعادة تنظيم السّوق المالية.

(3) - عرّف الفصل 327 من مشروع مجلّة الشّركات التجاريّة الرّقاع بصورة مطابقة لهذا التعريف.

(4) - (م.ن.ت.ت.)، ص 90 وما ب.

وبالرّجوع إلى الفصل 2 من القانون عدد 111 لسنة 1988 ، نجده يستثني من أحكامه القروض الرّقاعيّة التي تصدرها الدّولة والجماعات العموميّة المحلّية والمؤسّسات العموميّة، والتي يطلق عليها رقاع الخزينة (bons de trésor) [1].

وتخضع رقاع الخزينة إلى أحكام خاصّة بها، منظّمة بقرار صادر عن وزير الماليّة مؤرّخ في 26 سبتمبر 1991 متعلّق بضبط شروط كيفيّة إصدارها وتسديدها[2]، حيث عرّفها الفصل الأوّل منه بكونها : «سندات اقتراض تصدرها الدّولة في إطار التّوازن العام للميزانيّة الذي يضبطه قانون المالية».

ويجوز للدّولة إصدار رقاع خزينة قابلة للتنظير، أي مرتبطة برقاع مماثلة لها مصدرة سابقاً . وهي رقاع منظّمة بالأمر عدد 2462 لسنة 1997 [3].

وتعتبر رقاع الخزينة أوراقاً ماليّة قابلة للتّداول بالبورصة، شأنها شأن كلّ الرّقاع إلا أنّها تختصّ باجراءات خاصّة بسبب صدورها عن الدّولة[4] .

---

(1) – تختلف رقاع الخزينة bons de trésor عن وصولات الصّندوق bons de caisse بكون الأخيرة تمثّل سندات قابلة للتّداول تصدر عن البنوك مقابل الودائع النقديّة محدودة المدّة، وتتعهد بإرجاعها عند حلول أجلها .
– عادل البراهمي ، حوليّة فقه قضاء وصولات الصّندوق ، قت. فيفري 1993 ، ص 69 وما ب.

(2) – منشور بالرّائد الرّسمي، عدد 69 مؤرّخ في 15 أكتوبر 1991 ، ص 1428 ، وقد تمّ تنقيحه بقرار وزير المالية المؤرّخ في 16 نوفمبر 1993 المنشور بالرّائد الرّسمي، عدد 90 مؤرّخ في 26 نوفمبر 1993 ، ص 2001 .

(3) – أمر عدد 2462 مؤرّخ في 22 ديسمبر 1997 ، رائد رسمي، عدد 104 مؤرّخ في 30-31 ديسمبر 1997، ص 2667 .

(4) – ينصّ الفصل 6 من قرار وزير المالية المؤرّخ في 26 سبتمبر 1991 بعد تنقيحه بقرار 16 نوفمبر 1993 على أنّه : «يمكن للبنوك عرض رقاع الخزينة التي تفوق مدّة السنة في بورصة الأوراق المالية فتصبح رقاع قابلة للتّداول .
وتُدرج الرّقاع التي يتمّ تحويلها بالتّسعيرة القارّة للسّوق الرّقاعية ببورصة الأوراق المالية على أساس نسبة فائدة لكلّ صنف من الرّقاع المكتتبة بعنوان مناقصة .
وتعتبر الرّقاع المحوّلة أوراقاً ماليّة ...».

- الرّقاع القابلة للتّحويل إلى أسهم (Obligations convertibles en actions) : إلى جانب الرّقاع البسيطة توجد سندات دين مركّبة، يمكن للمكتتب بها التخلّص من صفته كدائن ليصبح شريكا[1]، وهو ما أكّدته الفصول (121 - 1 وما بعده) من المجلّة التجاريّة ، التي أضيفت إلى المجلّة التجاريّة بموجب القانون عدد 111 لسنة 1988 ، إذ اقتضى الفصل 121-1 م.ت. أنّه : «تُرخّص الجمعيّة العامّة الاستثنائيّة في إصدار رقاع للتّحويل إلى أسهم تخضع إلى تراتيب إصدار الرّقاع، وذلك على ضوء تقرير مجلس الإدارة وتقرير خاصّ لمراقبي الحسابات، يتعلّقان بأسس التّحويل المقترحة».

ولا يُجبر حاملو هذه الرّقاع على تحويلها إلى أسهم (الفصل 121-3 م.ت.)، فلهم الخيار- في فترة محدّدة وبشروط معيّنة - بين أن يتحوّلوا إلى حملة أسهم ويصبح لهم صفة الشّركاء[2]، ويتمتّعون بمركز المساهمين في الشّركة، وخصوصاً بالنّسبة للحصول على الأرباح، أو يستمرّوا حتى انتهاء أجل القرض الرّقاعي، فيسترجعون المبالغ التي اكتتبوا بها ، مع الفوائد المتّفق عليها وفقاً لما جاء في عقد الإصدار .

- سندات المساهمة (Titres participatifs) : ويعرّفها الفصل 36 من القانون عدد 107 لسنة 1992 المتعلّق بإحداث أدوات ماليّة جديدة لتوظيف الادّخار بكونها : «أوراقاً مالية قابلة للتّداول ، ويتضمّن تأجيرها وجوباً جزءاً قاراً وجزءاً متغيراً، يحتسب اعتماداً على عناصر تتعلّق بنشاط الشّركة أو بنتائجها، ويكون مرتبطاً أيضاً بالقيمة الاسمية للسّند .
ويحدّد التّأجير بنشرة الإصدار».

يبدو أنّ المشرّع التّونسي قد أخذ بهذه الأداة الماليّة لتوظيف الادّخار عن المشرّع الفرنسي، الذي نظّم أحكامها بقانون 3 جانفي 1983 ، المكمّل بأمر 2 ماي 1983 لدعم امكانيات المؤسّسات دون أي تعديل في تكوين رأسمالها[3].

---

(1) - انظر ، نبيل بن عبد الله ، أسهم الشّركات ، مقالة سابقة ، ص 43 وما ب .
- أيضاً ، عزيز العكيلي ، مرجع سابق ، ج. 1 ، ص 292.

(2) - Cf., Nébila MEZGHANI, Op. Cit., Vol. 2, (Les sociétés commerciales), p. 286.

(3) - Cf., G. RIPERT et R. ROBLOT, Op. Cit., T. 1, p. 1060 et suiv.
- Cf. aussi, Ph. MERLE, Op. Cit., p. 362 et suiv.

وبالرّجوع إلى الفصل 35 من القانون عدد 107 لسنة 1992، نجد أنّ صلاحيّة التّرخيص في إصدار سندات المساهمة من اختصاص الجلسة العامّة العادية للشّركات خفيّة الاسم، وتنطبق على إصدارها نفس الأحكام المتعلّقة بإصدار الرّقاع .

وقبل ختم الحديث عن أنواع الأوراق الماليّة نذكّر بوجود أنواع من الأوراق الماليّة التي يصعب تصنيفها بين أوراق المساهمة برأس المال أو سندات الدّين . وسنكتفي بمثالين على هذه الأوراق التي لكلّ منها خصوصيّتها :

* **حصص الصّناديق المشتركة** : أحدثت الصّناديق المشتركة للتّوظيف في الأوراق المالية، بموجب القانون عدد 107 لسنة 1992 المتعلّق بإحداث أدوات ماليّة جديدة لتوظيف الادّخار، حيث ينصّ الفصل الأول من هذا القانون على أنّه: «يمثّل الصّندوق المشترك للتّوظيف في الأوراق الماليّة المُحدث بمقتضى هذا القانون ملكيّة مشتركة بين أشخاص طبيعيّين لأوراق ماليّة ومبالغ ماليّة موظّفة لأجل أو تحت الطلب...».

ويؤكّد الفصل الرّابع من نفس القانون على اعتبار حصص الصّندوق أوراقاً ماليّة اسميّة، إذ ينصّ على أنّه : «تتكوّن حقوق المالكين المشتركين من حصص، وتمثّل كلّ حصّة نفس الجزء من موجودات الصّندوق المشترك . وتعتبر حصص الصّندوق المشترك أوراقاً ماليّة .
وتكون الحصّة وجوباً اسميّة وتكتتب نقداً ...»

إلاّ أنّ المشرّع لم يعتبر هذه الأوراق الماليّة من سندات المساهمة برأس المال[1]، لأنّ الصّناديق المشتركة لا تعتبر من الشّركات ولا تخضع لأحكامها ، بل ولا تتمتّع بالشخصيّة المعنويّة (فقرة 2 من الفصل الأوّل من القانون عدد 107 لسنة 1992) رغم تشابه نشاطها مع نشاط شركات الاستثمار المُحدثة بالقانون عدد 92 لسنة 1988 [2] .

---

(1) – لا تُعدّ حصص الصناديق المشتركة اسهماً رغم انّها تخوّل مالكيها الحصول على أرباح، ولايكون مسؤولين عن ديون الصّندوق إلا بنسبة حصصهم فيه (الفصول 17 و11 من القانون عدد 107 لسنة 1992).

(2) – منشور بالرّائد الرّسمي. عدد 52 مؤرّخ في 2 أوت 1988 ، ص 1089 . وبموجبه تكون هذه الشركات خفيّة الاسم وغرضها إدارة محفظة من القيم المنقولة (الفصل 3 و 10من القانون).

* حصص التّأسيس وحصص الأرباح : ينصّ الفصل 122 من المجلّة التجاريّة على أنّه : «يجوز للشّركة خفيّة الاسم إحداث ومنح وإصدار سندات قابلة للتّداول تعرف باسم حصص التّأسيس أو حصص الأرباح سواء في بدء تأسيسها أوبعده.

على أنّ هذه السندات التي تبقى في معزل عن رأس مال الشّركة، لا تمنح أصحابها صفة الشّركاء ، لكن يمكن أن تمنح لهم – على وجه دين يترتّب لهم في ذمّة الشركة – نصيباً قاراً أو نسبياً في أرباح الشّركة...».

وغالباً ما تصدر هذه السّندات كمكافاة للأشخاص الّذين قدّموا منافع وخدمات جليلة للشركة عند تأسيسها[1]، فيطلق عليها اسم حصص التّأسيس (Parts de fondateurs) ، أو كانوا سبباً في ازدهارها وارتفاع أرباحها، فيطلق عليها اسم حصص الأرباح (Parts bénéficiaires ou d'intérêts).

لا يعدّ حاملو هذه السّندات من المساهمين في الشركة رغم تمتّعهم بنسبة من أرباحها[2]، لأنّ هذه الأسناد ليس لها قيمة اسميّة، ولا تُخوّل أصحابها التدخّل في إدارة الشركة[3].

وقد حجّر المشرّع التّونسي إحداث هذا النّوع من السّندات بالنّسبة لشركات الاستثمار إذا كانت ذات رأسمال متغيّر (الفصل 12 من القانون عدد 92 المؤرّخ في 2 أوت 1988).

بالرّجوع إلى أحكام الفصل 57 من المجلّة التجاريّة التونسيّة، نجد أنّه يُحجّر تداول حصص التّأسيس وحصص الأرباح قبل مضي سنتين من استكمال الشّركة لكيانها النّهائي .

كما أنّ الفصل 129 م.ت. يحجّر تحويل هذه الحصص إلى أسهم إلاّ بعد مضي عامين من تاريخ انشائها.

---

(1) – انظر ، نبيل بن عبد الله ، مقالة سابقة ، ص 46 وما ب.

– أيضاً ، شكري احمد السّباعي ، مرجع سابق ، ج. 6 ، ص 161 وما ب.

(2) - Cf., Nébila MEZGHANI, Op. Cit., Vol. 2, (Les sociétés commerciales), p. 290 et suiv.

(3) – تنصّ الفقرة الثانية من الفصل 132 م.ت. على أنّه : «لا يجوز لحملة الحصص التدخّل في إدارة شؤون الشّركة، لكن يمكن لهم الحضور في الجمعيات العامّة للمساهمين بدون أن يكون لهم الحقّ في التّصويت على ما تتّخذه من قرارات وإلاّ كانت باطلة».

يبدو أنّ بعض التّشريعات تمنع الشّركات من إصدار هذه الحصص بصورة قطعيّة، كالتّشريع السّوري الذي نصّ في الفصل 136 من قانون التّجارة صراحة على أنّه : «لا يجوز منح حصص تأسيس أو حصص أرباح». وكذلك التّشريع اللّبناني (في الفصل 103 من القانون التّجاري).

وقد ألغى المشرّع الفرنسي أيضاً بعد صدور مجلّة الشّركات لسنة 1966 هذا النّوع من الأسناد بموجب الفصل 264 منها، ابتداءً من تاريخ دخول المجلّة حيز التّنفيذ (1 أفريل 1967)[1].

لابدّ من الإشارة أخيراً إلى أنّ المشرّع التّونسي يعتبر القصاصات أوالقسائم (Coupons) والحقوق النّاشئة عن الأوراق المالية من الأوراق الماليّة، إذا كانت هذه الحقوق قابلة للتّداول، كقسائم الفوائد وقسائم الأرباح وحقوق الاكتتاب وغيرها (الفصل 404 من مجلّة المرافعات المدنيّة والتجاريّة).

ثانياً - الصّبغة التجاريّة للأوراق الماليّة :

قبل دراسة الورقة المالية كسند تجاري (ب) لابأس بمقارنتها بالورقة التجاريّة (أ) .

أ - الورقة الماليّة والورقة التجاريّة :

يوجد عدّة أوجه تشابه بين الورقتين، ومع ذلك لا تخضعان لنفس النّظام القانوني . فكلتاهما تمثّل حقّا نقدياً وتقبل التّداول التّجاري، وكلتاهما قد تكونان اسميّة أو للحامل .

ومع ذلك تخضع الأوراق التجاريّة وحدها للقانون الصّرفي دون الأوراق المالية، التي لم يقبل العرف اعتبارها من الأوراق التجاريّة - حتى كوبوناتها Coupons مستحقّة الوفاء [2] - والفروق بينهما كثيرة :

---

(1) - Art. 264 C. Soc. F. : «L'émission de parts bénéficiaires ou parts de fondateur est interdite à dater de l'entrée en vigueur de la présente loi».

(2) - انظر ، مصطفى كمال طه ومراد منير فهيم ، مرجع سابق ، ص 11 .
- أيضاً ، علي حسن يونس ، مرجع سابق ، ج. 5 (الأوراق التجاريّة) ، ص 25 .

1 - من حيث المحتوى : تمثّل الورقة التجاريّة ديناً نقدياً ثابتاً مستحقّ السّداد لدى الاطلاع، أو في أجل عادةً ما يكون قصيراً . في حين أنّ الدّين في الورقة المالية ليس دائماً ثابتاً (وخاصّة الأسهم منها) ويجرّ ربحاً أو فائدة، وغالباً ما يكون هذا الدّين طويل الأجل نسبياً .

وفي حين تُعدّ الورقة التجاريّة أداة ائتمان ووفاء ، فإنّ الورقة الماليّة هي أداة استثمار أو ادّخار ومقارضة ولا تقوم مقام النّقود في الوفاء[1].

2 - من حيث الإصدار: الأوراق المالية لا تصدر إلاّ عن أشخاص القانون العامّ والشّركات[2]، في حين أنّ الأوراق التجاريّة يمكن أن يصدرها الأفراد أيضاً. ويكون إصدار الأوراق المالية جملياً وبقيمة اسميّة متساوية بالنّسبة إلى كلّ إصدار. في حين تصدر الأوراق التجاريّة بصورة انفراديّة، بمناسبة عمليّات متنوعة وبقيم مختلفة[3].

3 - من حيث طرق التداول : يتمّ تداول الورقة التجاريّة بالتّظهير إذا كانت اسميّة أو للأمر وبالمناولة إذا كانت للحامل . أمّا الورقة الماليّة فيتمّ تداولها إذا كانت اسميّة بالتّسجيل في سجلّ خاصّ في المؤسّسة المُصدرة، وغالباً ما يكون عن طريق البورصة[4]. وبتدخّل وسطاء البورصة وفق اجراءات معيّنة .

ولأنّ قيمة الورقة الماليّة تتأثّر وفق قانون السّوق وتتغيّر تبعاً لأسعار البورصة، فهي لا تقبل الخصم في حين أنّ الأوراق التجاريّة يمكن خصمها لدى البنوك.

---

(1) - حسين النّوري ، مرجع سابق ، ج. 1 ، ص 12.

(2) - محسن شفيق ، القانون التّجاري المصري (الأوراق التجاريّة)، مرجع سابق ، مجلّد 1، ص 7.

(3) - انظر ، المختار بكور ، مرجع سابق ، ص 10.

(4) - كلّ شركة تُدرج أوراقها المالية بالبورصة تعتبر شركات مساهمة عامّة أو ذات مساهمة عامّة، على معنى الفصل الأول من قانون عدد 117 لسنة 1994 المتعلّق بإعادة تنظيم السّوق المالية. وقد نصّ الفصل 22 من هذا القانون على أنّه «ينجرّ قانوناً عن إدراج الأسهم بالبورصة تنازل الشركة المُصدرة عن بنود حقّ الأفضليّة والمصادقة الواردة في نظامها الأساسي».

ب - الورقة الماليّة كسند تجاري :

رغم صدور الأوراق المالية بصورة جمليّة، إلاّ أنّ لكلّ منها كياناً مستقلاً بذاته، ويمكن تداولها منفردة. ويدور السّؤال حول صبغتها التجاريّة ؟

لمعرفة تجاريّة الورقة الماليّة، لابدّ من التمييز بين الأوراق التي تصدر عن الشركات والأوراق التي تصدر عن غيرها .

1 - الأوراق المالية الصّادرة عن الشّركات : رأينا أنّ غالبيّة الأوراق المالية تصدر عن شركات خفيّة الاسم، وخصوصاً أوراق المساهمة في رأس المال. ولأنّ هذا النّوع من الشّركات يكتسي الصّبغة التجاريّة بصورة مطلقة، ويكتسب صفة التّاجر، فإنّ كلّ الأعمال التي تقوم بها هذه الشّركات فيما يخصّ نشاطها - ومنها عمليّات إصدار الأوراق المالية - تكون تجاريّة .

يمكن تعميم هذا الحكم على شركات المقارضة بالأسهم، لأنّها تصدر أسهماً أيضاً . أمّا حصص الشّركاء في الشّركات ذات المسؤوليّة المحدودة، فلا يجوز أن تكون على شكل سندات قابلة للتّداول[1].

ويجب التّذكير بأنّ الأوراق الماليّة التي تصدرها الشّركات العموميّة وشبه العموميّة، هي أيضاً أعمال تجاريّة إذا كانت هذه الشّركات خفيّة الاسم أومقارضة بالأسهم ، لأنّها تكتسب صفة التّاجر شأنها شأن شركات القطاع الخاصّ.

2 - الأوراق المالية الصّادرة عن غير الشّركات :

يثور هنا التّساؤل عن الصّبغة التجاريّة للأوراق المالية الصّادرة عن الدّولة ومؤسّساتها وجماعاتها التي ليس لها صفة تاجر (كرقاع الخزينة) ؟

طالما أنّ الدّولة وجماعاتها العموميّة لا تكتسب صفة التّاجر، وكذلك المؤسّسات العموميّة ذات الصّبغة الإداريّة ، فالصّعوبة تكمن في تكييف الأوراق المالية الّتي تصدر عنها ، هل هي سندات تجاريّة أم مدنيّة،أم إداريّة فحسب ؟

---

(1) - ينصّ الفصل 170 م.ت. على أنّه : «لا يجوز أن تكون حصص الشركاء ممثّلة في سندات قابلة للتّداول، سواء كانت اسميّة أو للحامل أو للأمر ....».

هذه المسألة تخصّ رقاع الخزينة بصورة أساسيّة، وهي سندات اقتراض من طرف الدّولة لتحقيق التّوازن العام للميزانية (الفصل الأول من قرار وزير المالية المؤرّخ في 26 سبتمبر 1991). فهل يمكن إضفاء الصّبغة التجاريّة على هذه السندات رغم عدم توفّر صفة التّاجر في مُصدرها ؟

للإجابة عن هذا التّساؤل، يمكن القول بأنّ الدّولة عند إصدار هذه السّندات لا تسعى إلا لتحقيق التّوازن العام للميزانيّة، وهي غاية لا تأخذ طابعاً تجارياً، بل تلجأ إليها الدّولة لتسديد عجز ميزانيتها، ولا تقصد منها الحصول على الأرباح .

وإذا كان هذا الحكم يصح على الجماعات العموميّة والمؤسّسات العموميّة ذات الصّبغة الإداريّة ، فإنّ الأمر قابل للنّقاش فيما يخصّ المؤسّسات العموميّة ذات الصّبغة الصناعيّة والتجاريّة . لأنّ هذه المؤسّسات تكتسب صفة التّاجر حتى لو لم تكن على شكل شركة خفيّة الإسم .
وبالتّالي يمكن اعتبار الأوراق المالية التي تصدر عنها في إطار ممارستها لنشاطها الاقتصادي أعمالاً تجاريّة .

ومن جهة أخرى يثور التّساؤل حول الصّبغة التجاريّة لحصص الصّناديق المشتركة، وهي أوراق مالية حسب الفصل 4 من القانون عدد 107 لسنة 1992 ؟

لم يتعرّض المشرّع التّونسي لمسألة تجاريّة هذه السّندات. وممّا يزيد المسألة تعقيداً أنّ الصّناديق المشتركة للتّوظيف في الأوراق الماليّة الّتي تصدر هذه السّندات لا تتمتّع بالشخصيّة المعنويّة . فالصّندوق المشترك ليس شركة ولاجمعيّة، ولا تنطبق عليه أحكام الأملاك المشاعة المنظّمة بمجلّة الحقوق العينيّة (الفصل الأول من القانون عدد 107 لسنة 1992).

ولابدّ للمشرّع من توضيح مسألة الصّبغة التجاريّة للحصص الصّادرة عن الصّناديق المشترك .

وتحاشياً لتعدّد الأنظمة القانونيّة للأوراق المالية يمكن إضفاء الصّبغة التجاريّة المطلقة عليها ، خصوصاً وأنّ أغلبها صادر عن تجّار (شركات مساهمة - مؤسّسات عموميّة ذات صبغة صناعيّة وتجاريّة...).

وقبل إنهاء الحديث عن الأوراق المالية من المفيد التّنوية إلى أنّ فقه القضاء التونسي يخلط بين مصطلحي (الأسهم) و(الرّقاع) ، وهو ما نلاحظه في أكثر من قرار [1].

الفقرة الثانية : باقي الصّكوك المُتعامَل بها في الميدان التّجاري

يزخر الميدان التّجاري وبصورة متزايدة بعدد كبير من الصّكوك والسّندات، لدرجة أنّه من الصّعب حصرها وتصنيفها ، فمنها ما يشبه الأوراق التجاريّة، ومنها ما يشبه الأوراق المالية، ومنها ما ينفرد بخصائص تميّزها عن كلا النّوعين .

ومن هذه الصّكوك ما هو معروف منذ زمن بعيد، ومنها ما ظهر حديثاً في سياق التطوّرات التقنيّة والأساليب العصريّة للتّبادل التّجاري . ومنها ما هو قابل للتّداول ومنها ما هو غير قابل للتّداول بطبيعته . ومنها ما بقي محصوراً بالميدان التّجاري ومنها ما انتشر استعماله في جميع الأوساط. وسنتعرّض للصّكوك الصادرة عن البنوك (أولاً) ثم للصّكوك غير البنكيّة (ثانياً).

أولاً - الصّكوك البنكيّة :

تتفنّن البنوك في ابتكار الوسائل والطّرق التي تُسهّل عملها أو تزيد من مساحة نشاطها وعدد المتعاملين معها، مما يرجع عليها بالرّبح الأوفر ، فظهرت بعض أدوات الائتمان أو الضّمان أو الوفاء.

أ - سندات الائتمان أو الضّمان :

يُعدّ تقديم القروض أو الاعتمادات من أهمّ الأنشطة البنكيّة، ولكنّها قد تلجأ هي نفسها إلى الاقتراض عن طريق رقاع خاصّة بها، لتدعيم ملاءتها وقدرتها على تمويل حرفائها أو لمواجهة خطر المنافسة :

---

(1) - انظر ، الحكم الصّادر عن محكمة الاستئناف المدني بسوسة عدد 8921 المؤرّخ في 25 نوفمبر 1982 ، قت. مارس 1989 ، ص 94. والحكم عدد 13579 الصادر عن نفس المحكمة بتاريخ 24 جوان 1987 ، قت. فيفري 1990، ص 103.
- أيضاً ، قرار استئنافي مدني عدد 10469 المؤرّخ في 25 ديسمبر 1985 الصّادر عن محكمة الاستئناف بسوسة (الدائرة المدنيّة الثانية) ، قت. ديسمبر 1989 ، ص 71.

1 - وصولات أو رقاع الصّندوق (Bons de caisse) :

تصدر البنوك أحياناً سندات مقابل أموال تودع لديها لمدّة محدّدة، تتعهّد بموجبها بإرجاع المبالغ الّتي تسلّمتها في الأجل المضروب، ويطلق عليها اسم وصولات الصّندوق أو وصولات ذات أجل محدّد Bons à échéance fixe .

وتأخذ هذه السّندات شكل سندات للحامل أو لأمر شخص معيّن، وهي قابلة للتّداول حسب الطّرق المناسبة [1].

يرى الأستاذ يوسف كناني بأنّ التّكييف القانوني لهذه السّندات التي تَعرف بعض التّداول لدى البنوك التونسيّة يطرح شيئاً من الصّعوبة[2]، خاصّة وأنّها قد تَصدر بصورة متسلسلة أو فرديّة ولمدى قصير أو طويل ، وبالتّالي يكون الخلط بين اعتبارها من القيم المنقولة أو من الأوراق التجاريّة .

- ولم ينظّم المشرّع التّونسي رقاع الصّندوق، بالرّغم من المكانة الهامّة لهذا السّند الّذي تستعمله المؤسّسات المالية - خاصّة منها البنوك - إلاّ أنّ منشور البنك المركزي عدد 9 المؤرّخ في 31 مارس 1981 المتعلّق بالشّروط البنكيّة، خوّل للبنوك بفصله التّاسع وما يليه إصدار رقاع الصّندوق[3].

وبما أنّ رقاع الصّندوق هي سندات قابلة للتّداول تُمنح مقابل قرض ، فإنّ تحديد طبيعتها يعتمد على تحليل محتوى هذا السّند وشكله ، فمن حيث المحتوى لا يُعاد المبلغ المودع إلى حامل السّند قبل انتهاء الأجل المضروب، مع امكانيّة دفع بعض فوائضه .

ومن حيث الشّكل تتقارب رقاع الصّندوق مع الأوراق الماليّة، وخصوصاً الرّقاع Obligations إلا أنّها غير قابلة للتّداول بالبورصة .

تتقارب أيضاً رقاع الصّندوق إذا كانت للأمر بالأوراق التجاريّة، فكلاهما يخضع لمبدأ عدم الاحتجاج بالعلاقات الأصلية تجاه الحامل ، وكلاهما ينتقل بالتّظهير[4].

---

(1) - Georges RIPERT et René ROBLOT, Op. Cit., T. 2, p. 432.

(2) - Youssef KNANI, Op. Cit., pp. 12 et 13.

(3) - انظر ، عماد الدبّابي ، الشّيك وبدائله ، مقالة سابقة ، قت. جانفي 1995 ، ص 42 .

(4) - انظر ، عادل البراهمي ، حوليّة فقه قضاء وصولات الصّندوق ، قت. فيفري 1993 ، ص 72 وما يليها.

ولأنّ رقاع الصّندوق تصدر عن البنوك – التي تتمتّع بصفة التّاجر القانونيّة شكلاً (شركات خفيّة اسم) – فإنّها تُعتبر أعمالاً تجاريّة لصدورها عن تاجر في إطار ممارسته لتجارته.

2 – بطاقات الاعتماد (Cartes de crédit):

هي نوع من الائتمان أوجده تطوّر المعاملات المالية، على شكل بطاقات تُصدرها البنوك ضمن شروط معيّنة، لقاء رسم سنوي[1].

تخوّل هذه البطاقات لحامليها شراء مواد استهلاكيّة في جدود قدر معيّن يقع الاتّفاق عليه مع البنك المُصدر للبطاقة ، وذلك بمجرّد الاستظهار بها وإمضاء حاملها على الفاتورة حيث يقع تدوين البيانات الموجودة بالبطاقة عليها .

وتختلف هذه البطاقة عن الشّيك بعدم قابليتها للتّداول . وبعدم وجود رصيد مسبق لدى البنك المُصدر لها .

بعض البنوك تُصدر بطاقات مميّزة، تسمح لحاملها الاستفادة من تسهيلات غير محدودة تدعى البطاقات الذهبيّة (cartes d'or) ، وطبعاً هذه البطاقات لها شروط أكثر تعقيداً ودقّة .

3 – بطاقات الضّمان (Cartes de garantie) :

هي أداة مرتبطة بصورة وطيدة بالشّيكات، حيث تضمن في حدود مبلغ معيّن خلاص الشّيكات الّتي يصدرها صاحب بطاقة الضّمان، «وإن وضع رقم بطاقة الضّمان على الشّيك يكفي لقبض كامل رصيده (قيمته) من البنك ، ولو كان الرّصيد ناقصاً أو منعدماً . ويمكن للبنك بعد ذلك الرّجوع على حريفه...»[2].

فوضعيّة البنك – كما نلاحظ – هي وضعيّة مدين متضامن مع السّاحب تجاه حامل الشّيك .

---

(1) – انظر ، جعفر الجزّار ، مرجع سابق ، ص 89 و90.

- Cf., Jean-Louis RIVES-LANGE et Monique CONTAMINE-RAYNAUD, Droit bancaire, Dalloz, Paris, 6è. éd., 1995, p. 329 et suiv.

(2) – عماد الدبّابي ، مقالة سابقة ، ص 34 .

ب - سنـــدات الدّفـــع أو السّحـــب :

بالإضافة إلى البطاقات التي تبتكرها البنوك[1] كأدوات للدّفع والسّحب، يوجد الوسيلة التقليديّة للوفاء وهي أوراق البنوك .

1 - أوراق البنوك (Billets de banque) :

ظهرت هذه الأوراق خلال القرن الثامن عشر ، وهي صكوك لحاملها قابلة للتّداول بطريق التّسليم ، وتمثّل حقاً بمبلغ من النّقود على البنك الّذي أصدرها ومُستحقّ الدّفع لدى الاطلاع[2].

وقد كانت تسلّم من طرف البنوك للحرفاء الّذين لهم لديها نقودٌ معدنيّة، ليتمكّنوا بواسطة هذه السّندات من سحبها ، إلاّ أنّ هذه الأوراق أصبحت حالياً غير قابلة للتّحويل، وصار لها قوّة إبراء واعتبرت نقوداً بذاتها، إذ انحصر إصدارها بالدّولة عن طريق البنك المركزي[3] ، الّذي أحدث في تونس بالقانون عدد 90 المؤرّخ في 19 سبتمبر 1958 [4].

يَعتبر بعض الفقهاء الأوراق النّقديّة من قبيل الأوراق التجاريّة، ومنهم الأستاذ محسن شفيق الّذي يقول عنها : «فلا ريب عندنا في أنّها تعتبر من قبيل الأوراق التجاريّة ، إذ تتوفّر فيها كلّ مقوّمات هذا النّوع من الأوراق...»[5].

أمّا البعض الآخر فلا يعتبر الأوراق النّقدية من الأوراق التجاريّة، ومنهم الأستاذة سميحة القليوبي التي تقول: «ولكن حالياً لم تَعدْ أوراق البنكوت

---

(1) - Cf., Jean DEVÈZE et Philippe PÉTEL, Droit commercial (Instruments de paiement et de crédit), MONTCHRESTIEN, Paris, 1992, p. 262 et suiv.

- انظر ، عبد الله محمد عمران ، مرجع سابق ، ص 369 و370.

(2) - انظر ، مصطفى كمال طه ، القانون التّجاري (الأوراق التجاريّة والإفـلاس) ، مرجع سابق ، ص 11 .

(3) - انظر ، المختار بكور ، مرجع سابق ، ص 8 و9.

(4) - انظر ، خير الدّين الأجري ، الجامع للقوانين الخاصّة بعمليّات البنوك ، مرجع سابق ، ص 169 وما بعد.

(5) - محسن شفيق ، القانون التّجاري المصري (الأوراق التجاريّة) ، مرجع سابق ، مجلّد 1، ص 10.

أوراقاً تجاريّة بل أصبحت هي ذاتها نقوداً، بعد أن حدّدت الدّولة سعرها القانوني...»[1].

وبرغم التّماثل في المحلّ وفي قابليّة التّداول، فإنّ الأوراق النقديّة بخلاف الأوراق التجاريّة لا تصدر لتسوية عمليّة معيّنة، بل تصدر في فئات متسلسة ومتساوية القيمة[2] ولا تتعرّض الحقوق الّتي تمثّلها للتّقادم، بالإضافة إلى قوّتها الابرائيّة المطلقة في وفاء الدّيون، ويجبر الأفراد على قبولها كأداة للدّفع[3].

أمّا الأستاذ إدوار عيد فيميّز بين حالتين للأوراق النقديّة حسب نظام الإصدار إذ يقول : «يمكن اعتبارها من الأسناد التجاريّة في نظام الإصدار الحرّ أوفي غير نظام السّعر الإلزامي، حيث تكون قابلة للتّحويل إلى ذهب في أيّ وقت، إذ أنّها تشتمل في هذه الحال على جميع مقوّمات الأسناد التجاريّة . لكنّنا نرى أنّها تختلف عن هذه الأسناد في نظام السّعر الإلزامي (Cours forcé)، إذ أنّها لا تمثّل ديناً كهذه الأسناد، بل تستمدّ قيمتها عندئذ من فرض المشرّع التّعامل بها وتعيينه قوّة شرائيّة لها ...»[4].

2 - بطاقات السّحب (Cartes de retrait) :

هي طريقة لتسهيل الخدمات البنكيّة، حيث تخوّل للحريف استعمالها في تنقلاته ، وتمكّنه من سحب أموال نقديّة من مختلف الشّبابيك الأوتوماتيكيّة والمراكز الإعلاميّة المعدّة لاستعمالها .

وترويج استعمال هذه البطاقات البنكيّة يتطلّب تركيزاً كبيراً للأجهزة الإعلاميّة الباهظة التّكاليف، لتشجيع الحرفاء على التّعامل بها والتّخفيف من استعمال الشّيك[5].

---

(1) - سميحة القليوبي ، الموجز في القانون التّجاري ، مرجع سابق ، ج. 2، ص 9 و10.

(2) - Cf., Youssef KNANI, Op. Cit., p. 22.

(3) - انظر ، مصطفى كمال طه ومراد منير فهيم ، القانون التّجاري (الأوراق التجاريّة والإفلاس)، مرجع سابق ، ص 10 .

- أيضاً ، صلاح الدّين النّاهي ، الوسيط في شرح القانون التّجاري العراقي ، مرجع سابق، ج.3، ط. 2 ، ص 8 و 9.

(4) - ادوار عيد ، الأسناد التجاريّة ، مرجع سابق ، ج. 1، ص 9.

(5) - انظر ، عماد الدبّابي ، مقالة سابقة ، ص 34 و35.

وقد تكون هذه البطاقات وحيدة الوظيفة، تسمح بالحصول على مبلغ معيّن متّفق عليه أو يكون لها عدّة وظائف بآن واحد، ولكن هذه البطاقات لا تؤدّي وظيفة وفاء على أيّة حال .

3 - بطاقات الدّفع (Cartes de paiement) :

هي بطاقات تخوّل لحاملها الخلاص إلى حدّ أقصى متّفق عليه بينه وبين البنك المُصدر لها ، وتعتبر وسيلة وفاء بسيطة وناجعة .

يفترض وجود عقدين نموذجيّين لإتمام التّعامل بهذه البطاقات :

الأول : يكون بين البنك ومُسديّ الخدمات الذين يقبلون التّعامل بالبطاقات. وبالتّالي تتحدّد شبكة المنخرطين بها .

الثاني : يكون بين البنك والحرفاء الرّاغبين بحمل هذه البطاقات، تحدّد فيه العمولة أو نسبة من المرابيح عن الصّفقات المنجزة .

وبطاقات الدّفع تجنّب حاملها العديد من المخاطر، كسرقة النّقود أوضياعها، وعليه استعمالها في حدود المبالغ المتّفق عليها .

إنّ عمليّة استعمال بطاقة الدّفع هي شبيهة بالتّحويل البنكي، حيث يُصدر حامل البطاقة إذناً بالدّفع يحمل إمضاءه لمصلحة التّاجر المنخرط ليقدّمه للبنك المُصدر للبطاقة، فيقوم البنك بالوفاء بعد خصم عمولة متّفق عليها.

ينطبق على هذه البطاقات مبدأ عدم المعارضة بالدّفوعات الأصليّة ، فلا يمكن لصاحب البطاقة الاحتجاج تجاه البنك بعدم تسلّم البضاعة أو عدم مطابقتها للمواصفات المطلوبة[1].

والواقع أنّ البطاقات والوسائل البنكية كثيرة جداً ويصعب حصرها ، وبما أنّها تصدر عن تاجر (شركات خفيّة الاسم) وفي إطار ممارسته لنشاطه التجاري ، فيمكن اعتبار إصدارها عملاً تجارياً .

---

(1) - انظر ، عماد الدبابي ، المقالة السابقة ، ص 38 وما ب.

ثانياً - الصّكوك غير البنكيّة :

ليست البنوك وحدها التي تبتكر الوسائل والبطاقات التي تساعد على تسهيل التّعامل في الميدان التّجاري ، فهناك الكثير من السّندات التي يجري التّعامل بها. منها القابل للتّداول ومنها غير القابل للتّداول بطبيعته .

أ - صكوك خاصّة بالنّقل أوالاتّصالات :

1 - صكوك النّقل : يتعلّق الأمر بالوثائق والأسناد الّتي تصدر عن مؤسّسات نقل الأشخاص أو البضائع. ولا بأس بالتعرّف على أهمّها :

- وثائق نقل البضائع : وأهمّها على الإطلاق وثيقة الشّحن البحري (Connaissement) ، التي يعرّفها الفصل 207 من مجلّة التّجارة البحريّة، إذ ينصّ على أنّ : «وثيقة الشّحن هي سند نقل صادر عن النّاقل أو الربّان يسلّم إلى المرسل إليه.
  - وهي تقوم حجّة على أنّ السفينة تسلّمت البضاعة، وتحتوي على تشخيص البضاعة، وعند الاقتضاء على بيان قيمتها .
  - وهي أيضاً سند يمثّل البضاعة .
  - وتحرّر على ثلاثة نظائر الأول للناقل البحري ، الثاني هو وثيقة الشّحن الرئيسية يوجّه إلى نائب النّاقل البحري بالمكان المقصود . الثالث وهو قابل للتّداول يُسلّم إلى المُرسل...».

ما يهمّنا في هذه الدّراسة هو النّظير الثّالث من وثيقة الشّحن، لأنّه سند قابل للتّداول بصراحة النصّ . والمتأمّل في أحكامها «يلاحظ أنّها تشبه إلى حدّ كبير الأوراق التجاريّة من حيث حجّيتها وطرق تداولها...»[1].

وبالرّجوع إلى الفصل 209 م.ت.ب. نجد أنّه يدرج ثمانية بيانات تذكر في وثيقة الشّحن، الخمسة الأولى منها إلزاميّة، لأنّ الفقرة الأخيرة من الفصل نفسه

---

(1) - عز الدّين بن وناس ، وثيقة الشّحن ، قت. جويلية 1993 ، ص 82.

تؤكّد أنّ غياب أيّ تنصيص منها ينقص من حجّية الوثيقة[1] ، وتصبح مجرّد بداية حجّة كتابيّة ، والتّنصيصات هي :

1 – اسم الناقل ومقرّه[2] .
2 – اسم المرسل ومقرّه .
3 – مكان الشّحن وتاريخه .
4 – المكان المقصود وتعيين المرسل إليه .
5 – البضاعة المسلّمة إلى الناقل .
6 – اسم السّفينة .
7 – الشروط المتعلّقة بأجرة النّقل .
8 – الإشارة إلى مشارطة الإيجار إن وجدت[3].

أمّا الفصل 216 م.ت.ب. فيمنع الأشخاص المدّعى عليهم بمقتضى وثيقة الشّحن من معارضة حاملها حسن النيّة بوسائل الدّفع المبنيّة على علاقاتهم الشّخصيّة بالمظهرين أو للحاملين السّابقين .

---

(1) – انظر ، حكم استئنافي مدني عدد 21855 مؤرّخ في 17 ماي 1995، قت. ديسمبر 1995 ، ص 73 وما ب.
– أيضاً ، تع. مد. عدد 13438 مؤرّخ في 21 أكتوبر 1986، ن. مح. تع. 1986 ، ج. 2، ص 188 وما ب،

(2) – انظر ، عثمان الربّودي ، فيما تخضع له مسؤوليّة النّاقل البحري بوثيقة شحن في القانون الدّولي التّونسي ، مذكّرة للحصول على شهادة الدّراسات العليا في القانون الخاص ، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية والسياسية بتونس ، 1980 ، ص 61 وما ب.

(3) – بمقارنة هذه البيانات بالتّنصيصات المطلوب توفّرها في سند الشّحن حسب الفصل 15 من اتّفاقية الأمم المتّحدة الخاصّة بالنّقل الدّولي للبضائع بحراً (قواعد هامبورغ 1978)، نلاحظ أنّ الأخيرة أكثر تفصيلاً من النصّ التّونسي ، لكنّها أكثر مرونة بالنّسبة لخلوّ السّند من بعض التّنصيصات .
– انظر ، عبد القادر العطير ، الحاويات وأثرها في تنفيذ عقد النّقل البحري ، مرجع سابق ، الملحق الأول ، ص 355 وما ب.
– انظر أيضاً ، محمد الحبيب عويدة ، اتفاقيّة هامبورغ وقانون النّقل البحري التّونسي ، قت. جويلية 1993 ، ص 24 و25.

يقول الأستاذ الطيّب اللّومي : «إنّ وثيقة الشّحن تعتبر بمثابة ورقة تجاريّة شأنها شأن السّند للأمر، وتأخذ أحكامه من حيث تظهيرها وكفايتها الذاتيّة...»[1].

ورغم التّشابه الكبير بين وثيقة الشّحن والأوراق التجاريّة، فإنّ هناك فرقاً جوهريّاً بينهما، لأنّ وثيقة الشّحن تمثّل حقّاً على بضاعة[2]، في حين أنّ الأوراق التجاريّة تمثّل حقّاً نقدياً [3].

تعتبر وثيقة الشّحن من السندات التجاريّة بالنسبة لمُصدرها، لأنّها عمل يقوم به تاجر في إطار مهنته التجاريّة . وتكون أيضاً عملاً تجارياً بالتّبعيّة بالنّسبة لصاحب البضاعة إذا كان تاجراً ، والبضاعة المشحونة تتعلّق بنشاطه التّجاري .

ويمكن إخضاع وثائق نقل البضائع جوّاً (Lettres de transport aérien) ووثائق النّقل البرّي للبضائع – سواء كانت خاصّة بالشّاحنات (Lettres de voiture) ، أو خاصّة بالسّكك الحديديّة – من حيث الصّبغة التجاريّة للأحكام المنطبقة على تجاريّة وثيقة الشّحن البحري لتشابهها في الوظائف ولصدورها جميعاً عن تجّار .

– **بطاقات نقل المسافرين (Billets de passage)** : سواء كانت هذه البطاقات صادرة عن ناقل برّي أو بحري أو جوّي ، فهي قد تكون اسمية غير قابلة للتّداول أو للحامل. ومن ناحية أخرى فإنّ دورها ينحصر في إثبات عقد النقل[4]. وهي تعدّ بالنّسبة للنّاقل من الأعمال التجاريّة لصدورها عن تاجر في

---

(1) – الطيّب اللّومي ، الوسيط في الأوراق التجاريّة ...، مرجع سابق ، ص 490.

(2) – انظر ، أحمد العنابي ، شرح القانون البحري التّونسي (سبع حلقات) ، مرجع سابق، الحلقة الرّابعة (استغلال السّفن) ، ق.ت. أفريل 1982، ص 61.

– انظر ، لطيف جبر كوماني ، القانون البحري ، مكتبة دار الثقافة للنّشر والتّوزيع ، عمّان، ط. 1، 1996 ، ص 93 وما ب.

- Cf., René RODIÈRE et Emmanuel DE PONTAVICE, Droit maritime , DALLOZ (DELTA), Paris, 12è. éd., 1997, pp. 323 et 324.

(3) – انظر ، علي حسن يونس ، القانون التّجاري ، مرجع سابق، ج. 5 (الأوراق التجاريّة)، ص 24.

(4) – انظر، ت.م. مد. عدد 3990 مؤرّخ في 18 جوان 1981 ، ن.مح.ت. 1981 ، ج. 2 ، ص 209 وما ب.

إطار ممارسته لنشاطه التّجاري ، أمّا بالنّسبة للمسافر فلا تعتبر ذات صبغة تجاريّة بالنّسبة له، إلاّ إذا كان تاجراً وكان سفره متعلّقاً بتجارته، استناداً إلى نظريّة التجاريّة بالتبعيّة .

2 - وثائق الاتّصالات : لقد شهد العالم تقدّماً هائلاً في مجال الاتّصالات حتى أصبح كأنّه قرية صغيرة، وتعدّدت الوسائل والتقنيات في هذا المجال بصورة رائعة، كالفاكس (Fax) والتّلكس (Télex) والبطاقات المغناطيسيّة والهاتف النقّال والشبكات الإعلاميّة وغيرها ، وسندرس بعض وثائق الاتّصال وصبغتها التجاريّة بإيجاز .

- البطاقات الهاتفيّة : وهي بطاقات تصدر عن الدّيوان الوطني للاتّصالات، وتعتبر وسيلة دفع مسبّق لقيمة المكالمات الهاتفيّة[1]، وقد عرّفها الفصل الأوّل من قرار وزير المواصلات المؤرّخ في 19 نوفمبر 1997 [2] المتعلّق بضبط تعريفات هذه البطاقات واجراءات تسويقها، إذ ينصّ هذا الفصل على أنّه : «يقصد بالبطاقة الهاتفيّة ذات الدّفع المسبّق الحاوي المادّي لعدد معيّن من المعاليم الهاتفيّة الأساسيّة المسجّلة مسبّقاً والموافقة لقيمة نقديّة تسمح بإجراء مكالمات انطلاقاً من أجهزة تكسيفونات مخصّصة».

ولأنّ الدّيوان الوطني للاتّصالات يعتبر مؤسّسة عموميّة ذات صبغة صناعيّة وتجاريّة[3] ويعدّ تاجراً في معاملاته مع الغير، فإنّ إصدار هذه البطاقات يعتبر من الأعمال التجاريّة، لتعلّقه بنشاط المؤسّسة التّجاري .

- التّلكس والفاكس : بعد ظهور التلغراف الّذي يتمّ الإبراق به من مدينة إلى أخرى على شكل كلمات قليلة وباهظة الكلفة ، وتقوم المراكز البريديّة بتوصيل محتواه إلى المرسل إليه كبديل للرّسائل العادية البطيئة

---

(1) - يمكن تشبيه هذه البطاقات بالطّوابع البريديّة، حيث أنّ كليهما وسيلة دفع مسبّق لخدمة نقل رسالة كتابية أو صوتية .

(2) - منشور بالرّائد الرّسمي عدد 96 المؤرّخ في 2 ديسمبر 1997 ، ص 2209.

(3) - انظر ، قانون عدد 36 مؤرّخ في 17 أفريل 1995 ، رائد رسمي. عدد 33 مؤرّخ في 25 أفريل 1995 ، ص 795.

الوصول، ظهرت أجهزة اتّصال مباشر تنقل الرّسائل بصورة أسرع ، فظهر (التّلكس) الذي أصبح من الممكن بواسطته «تبادل الرّسائل المكتوبة بواسطة أجهزة اتّصال - كالآلة الكاتبة - تنقل الرّسالة حرفاً حرفاً وسطراً سطراً باتّصال كهربائي شبيه بالهاتف ولكن عن بعد»[1].

ولأنّ احتمال حصول الخطأ في نقل الرّسالة بواسطة التلكس ، فقد توصّل العلماء إلى جهاز يتمكّن من نقل الصّورة بدلاً من الحرف، وهو ما يطلق عليه اسم (الفاكس)، وهذا يعني امكانية نقل رسالة بنفس خطّ المُرسل وبصورة دقيقة، «وهذا شيء هامّ جداً خاصّة في التّعامل التّجاري، ويعتبر فعلاً نقلة أو قفزة نوعيّة جعلت كلاً من التلغراف والتّلكس خارج الميدان المتداول، وأصبح الفاكس هو الرّائج وهو المرغوب ...»[2].

يتمّ الإرسال بواسطة خطّ هاتفي يحمل جهاز تحويل يُمكنه أن ينقل الرّسالة بصورة دقيقة وسريعة جداً إلى جهاز مقابل لدى المرسل إليه ، وهوما يُطلَق عليه اسم البريد الالكتروني المنظّم بمجلّة البريد الّتي صدرت بتونس حديثاً [3].

والسّؤال هنا : متى يمكن اعتبار النّسخة الصادرة عن جهاز الفاكس صكّاً تجاريّاً؟

للإجابة على هذا التّساؤل ، لابدّ من التّذكير أنّ قبول هذه الوثائق كوسيلة إثبات أثار جدلاً فقهياً كبيراً.

أمّا إذا استقرّ الحال على قبول هذه الوثائق كوسائل إثبات ، فإنّ إصدارها من طرف تاجر ولشؤون تجارته يجعل منها أعمالاً تجاريّة بالتبعيّة . وكذلك بالنّسبة للمُتلقّي إذا كان يحمل صفة تاجر وتعلّق الأمر بشؤون تجارته، فتكون هذه الوثائق تجاريّة من الجانبين ، وإلاّ فإنّها تعتبر من الأعمال التجاريّة المختلطة أي عملاً تجارياً للأول وعملاً مدنياً بالنّسبة للثّاني .

---

(1) - جعفر الجزّار ، مرجع سابق ، ص 40.

(2) - جعفر الجزّار ، نفس المرجع والصفحة.

(3) - يُعرّف الفصل 2 من مجلّة البريد الصادرة في 2 جوان 1998 البريد الالكتروني بأنّه : «خدمة بريديّة تقدّم عن طريق الاتصالات عن بعد، لتنقل خطابات المرسل في شكل مادي أو إلكتروني عبر أجهزة طرفيّة مركّزة بمكتب بريد أو بمراكز مؤهّلة لذلك».
- قانون عدد 38 لسنة 1998 ، رائد رسمي عدد 44 مؤرّخ في 2 جوان 1998، ص 1203.

ب - صكوك خاصّة بالتّأمين أو الإيداع :

وأهمّ هذه الصكوك وثيقة التأمين والواران (وثيقة رهن البضائع).

1 - وثيقة التّأمين Police d'assurance :

هي صكوك تثبت عقود التّأمين ، تصدرها مؤسّسات التّأمين لصالح المستفيد من التّأمين، وتخوّله قبض مبالغ التّأمين عند تحقّق الخطر المؤمن ضدّه ، ويفترض فيها أن تكون محتوية لبعض التّنصيصات الإلزاميّة[1]، ويطلق عليها أحياناً اسم (بوليصة التّأمين)[2].

وبالرّجوع إلى الفصل الثالث من مجلّة التّأمين نجدهُ ينصّ على أنّه : «يعقد التّأمين إمّا لصالح مُكتتب العقد وإمّا لصالح شخص معيّن وإمّا لصالح من سيؤول له الشّيء المؤمّن عليه، وذلك بموجب توكيل أو بدونه ويتضمّن العقد :

- تاريخ الاكتتاب
- البيانات الخاصّة بالمتعاقدين .
- الخطر المؤمّن عليه أو أجل الدّفع .
- الشّيء[3] أو الشّخص المؤمّن عليه .
- قسط التّأمين أو معلوم الاشتراك .
- مبلغ التّأمين .
- تاريخ سريان العقد ومدّته».

يبدو أنّ المشرّع التّونسي قد فرّق بين التّأمينين البرّي والبحري[4]، حيث خصّص أحكاماً خاصّة بالتّأمين البحري، ضمّنها في الكتاب السّادس من المجلّة التجاريّة البحريّة. ونصّت الفقرة الأخيرة من الفصل 297 منها على أنّ : «الأحكام القانونيّة المتعلّقة بالتّأمين البرّي لا تنطبق على التّأمين البحري».

---

(1) - انظر ، البشير زهرة ، التّأمين البرّي ، مرجع سابق ، ص 83.
- أيضاً ، عبد القادر العطير، التّأمين البرّي في التّشريع الأردني ، مرجع سابق ، ص 16 وما ب .

(2) - انظر ، قر.تع. جز. عدد 20784 مؤرّخ في 26 نوفمبر 1986 ، ن. مح.تع. (قسم جزائي) 1986، ص 249.

(3) - انظر ، عبد اللّطيف مامغلي ، مآل عقد التّأمين عند انتقال ملكيّة الشّيء المؤمّن عليه، قت. ماي 1997 ، ص 75 وما ب.

(4) - انظر ، أحمد العنابي، شرح القانون البحري التّونسي، مرجع سابق ، الحلقة السابعة (التّأمين البحري) ، قت. جويلية 1982، ص 75 وما ب.

وقد أورد الفصل 302 م.ت.ب البيانات الإلزامية الواجب ذكرها في وثيقة التّأمين البحري، وهي تختلف قليلاً عن وثيقة التّأمين البرّي[1]. وهذا ما يؤكّد خصوصيّة التّأمين البحري[2].

ولا ننسى أيضاً خصوصيّة التّأمين الجوّي الّذي أصبح فرعاً مستقلاً يخضع لأحكام قانونيّة خاصّة به[3].

فإلى أيّ مدى يمكن إضفاء الصّبغة التجاريّة على وثيقة التّأمين ؟

يميل الأستاذ الطيّب اللّومي إلى اعتبار وثيقة التّأمين من الأوراق التجاريّة وبصورة خاصّة بالنّسبة إلى التّأمين البحري إذ يقول : «بالنّسبة لعقد التّأمين البحري الوارد بالمجلّة التجاريّة البحريّة ومهما كان وضع عقد التّأمين الوارد بمجلّة التّأمين الجديدة يبقى بمثابة الورقة التجاريّة ...»[4].

وبالرّغم من التّشابه بين وثيقة التّأمين والأوراق التجاريّة في بعض الأحكام – كإمكانيّة التّداول التّجاري – إلاّ أنّ الحقّ المقرّر بوثيقة التّأمين هو حقّ احتمالي وليس ثابتاً كما هو الحال في الأوراق التجاريّة ، وهو اختلاف جوهري . ومع ذلك تبقى وثيقة التّأمين الصادرة عن مؤسسات التّأمين (عدا الشّركات ذات

---

(1) – ينصّ الفصل 302 م.ت.ب على أنّه : «يؤرّخ عقد التّأمين بتاريخ اليوم الّذي أبرم فيه ، وهو يتضمّن : – مكان إبرامه
– اسم ومقرّ المتعاقدين مع التّنصيص عند الاقتضاء على أنّ التّأمين وقع لفائدة الغير.
– الشيء أو المصلحة المؤمّن عليهما.
– الأخطار المؤمّن منها أو التي لا يشملهما التّأمين.
– مدّة تلك الأخطار ومكانها .
– المبلغ المؤمّن به.
– معلوم التّأمين.
– إن العقد للأمر أو للحامل إن اشتُرط ذلك».

(2) – انظر ، محمد الحبيب الشّريف ، خصائص قانون التّأمين البحري ، مقالة سابقة ، ق.ت. جويلية 1993 ، ص 7 وما ب.

(3) – انظر ، عامر بورورو ، الصّلح في نزاعات التّأمين الجوّي ، مقالة سابقة ، ق.ت. جانفي 1997 ، ص 7 وما ب.

(4) – الطيّب اللّومي ، الوسيط في الأوراق التجاريّة ...، مرجع سابق ، ص 495.

الصّبغة التعاونيّة) من الأسناد التي تعتبر عملاً تجارياً بالنّسبة لها ، لأنّ لها صفة التّاجر، وخصوصاً الشركات خفيّة الاسم .

أمّا بالنّسبة للمُؤمّنين فلا تعتبر وثيقة التّأمين بالنّسبة لهم عملاً تجارياً إلا إذا كانوا تجّاراً وأجروا التّأمين لمصلحة نشاطهم التّجاري .

2 – وثيقة رهن البضائع (Warrant) :

هي عبارة عن سند يكون للأمر يُمكّن من رهن البضائع المودعة في المخازن العموميّة، يُسلّمها المخزن للمُودع مع وصل إيداع البضاعة (récépissé)[1].

وتحوي كلّ من وثيقة الرّهن ووصل الإيداع البيانات الضروريّة للتّعريف بالمُودع والبضاعة وكلاهما قابل للتّداول بالتّظهير[2].

وثائق الرّهن معروفة منذ زمن بعيد في التّشريع التّونسي ، حيث ينظّم عدّة أنواع منها، كوثائق المخازن العموميّة (magasins généraux) [3] والفنادق (warrant hôtelier) [4] والمنتوجات الصناعيّة (warrant industriel) [5].

«ويمتاز الواران باعتباره أنجع وسيلة تمكّن حرفاء المصارف من التّحصيل على قرض مقابل رهن بضاعة، ويكون هذا القرض محدّداً بأجل ...»[6].

الملاحظ «أنّ الواران في التّشريع التّونسي محدّد استعماله بميادين معيّنة لا يتعدّاها، ضرورة أنّ النصّ المُحدث لهذا الصّنف من السّندات للأمر حدّد المجالات التي يمكن استعمالها فيه ...»[7].

---

(1) - Cf., René ROBLOT, Les effets de commerce, Op. Cit., p. 455 et suiv.
- aussi, Yves Louis SAGE, Op. Cit., p. 84 et suiv.

(2) – انظر ، شكري أحمد السّباعي ، مرجع سابق ، ج. 2 (الأوراق التجاريّة) ، ص 437 وما ب.

(3) – الأمر المؤرّخ في 22 فيفري 1900 ، رائد رسمي. مؤرّخ في 7 مارس 1900 ، ص 195.

(4) – الأمر المؤرّخ في 10 جانفي 1928 ، رائد رسمي. مؤرّخ في 1 فيفري 1928 ، ص 260.

(5) – الأمر المؤرّخ في 17 ديسمبر 1942 ، رائد رسمي. مؤرّخ في 17 ديسمبر 1942 ، أيضاً رائد رسمي. (7 جانفي 1943 ، ص 9).

(6) – خير الدّين الآجري ، الجامع للقوانين الخاصّة بعمليات البنوك ، مرجع سابق ، ص 88.

(7) – الطيّب اللّومي ، الوسيط في الأوراق التجاريّة...، مرجع سابق ، ص 487 .

نتساءل هنا عن الصّبغة التجاريّة لسند إيداع البضائع ووثيقة الرّهن ، وهل يمكن اعتبارهما من الأوراق التجاريّة ؟

بالنّسبة إلى سند إيداع البضائع لا يتضمّن تعهّداً بدفع مبلغ من المال كما هو الحال في الأوراق التجاريّة، بل يمثّل حقّاً على البضائع[1]، ولكنّه من السندات التجاريّة لصدوره عن المخازن العموميّة الّتي تعتبر من الأنشطة التجاريّة الّتي تمنح محترفها صفة التّاجر القانونيّة .

يبدو أنّ الإشكاليّة تُطرح حول تجاريّة وثيقة الرّهن Le Warrant ، فالأستاذ يوسف كناني يقبل باعتبارها من الأوراق التجاريّة، لأنّها سندات لأمر قابلة للتّداول بالتّظهير[2].

يقول الأستاذ مصطفى كمال طه حول هذه المسألة : «أنّ صكّ رهن البضاعة المودعة في مخزن عام المسمّى بالواران (Warrant) – وهو صكّ يتضمّن التزام الموقّع بدفع مبلغ معيّن من النّقود لإذن المستفيد في أجل قصير، مع ضمان هذا الالتزام برهن بضاعة مودعة في مخزن عام – قد جرى العرف في فرنسا ولبنان على قبوله في التّعامل كأداة للوفاء واعتباره تبعاً لذلك من الأوراق التجاريّة...»[3].

ويتماشى الأستاذ ادوار عيد مع هذا الاتّجاه ويعتبر الواران من الأوراق التجاريّة[4].

أمّا الأستاذ هشام فرعون فلا يعتبر هذه الصّكوك من الأوراق التجاريّة[5]. ويؤيّده الأستاذ الطيّب اللّومي الذي يقول عنها :«لا تعتبر أوراقاً تجاريّة لكونها

---

(1) – انظر ، الياس ناصيف ، مرجع سابق ، ج. 1 ، ص 287.
– انظر أيضاً ، امين محمد بدر ، الأوراق التجاريّة في التّشريع المصري ، مرجع سابق ، ص 8.
– أيضاً ، علي حسن يونس ، مرجع سابق ، ج. 5 (الأوراق التجاريّة) ، ص 24.

(2) - Cf., Youssef KNANI, Op. Cit., p. 13 et pp. 233 et suiv.

(3) – مصطفى كمال طه ، القانون التّجاري (الأوراق التجاريّة والإفلاس) ، مرجع سابق ، ص 10.

(4) – انظر ، ادوار عيد ، الأسناد التجاريّة ، مرجع سابق ، ج. 1 ، ص 10 و11.

(5) – انظر ، هشام فرعون ، مرجع سابق ، ج. 2، ص 7.

لاتمثّل مبلغاً محدّدا من المال مستحقّ الدّفع في وقت ما ...»[1].

يبدو أنّ هذا الرّأي الأخير هو الأقرب إلى الصّواب ، فوثيقة الرّهن وإن كانت قابلة للتّداول بالتّظهير، وقد يتمّ خصمها أحياناً في البنوك، إلاّ أنّها لا تحلّ محلّ النّقود في الوفاء ، وهي مجرّد صكّ تجاري محصور ببعض الأنشطة ، ويمثّل أحياناً ضماناً لقرض موثق برهن على بضاعة، تتذبذب قيمتها بين الارتفاع والانخفاض، وليست صكّاً بمبلغ محدّد كما هو الحال في الأوراق التجاريّة .

مع ذلك تعتبر وثيقة الرّهن من السندات التي تكتسي الصّبغة التجاريّة، لصدورها عن تاجر وفي إطار ممارسته لتجارته ، وإذا كانت لا تخضع للقانون الصّرفي فهي تخضع لأحكام القانون التّجاري ، وإذا كان صاحب البضاعة (أوحامل الوثيقة بعد تداولها) تاجراً فتعتبر عملاً تجارياً من الجانبين .

ولا بدّ من التذكير مرّة أخرى بصعوبة حصر السّندات والصّكوك التجاريّة لتنوّعها وتطوّرها المستمرّ، فقد تظهر صكوك وتندثر أخرى تبعاً لتطوّر حاجات كلّ دولة[2]، كما أنّ تقدم التقنيات الحديثة يساهم بدوره في انتشار وسائل وأدوات بديلة لهذا الصكّ أو ذاك السّند .

وإلى جانب السندات والصّكوك التجاريّة يوجد بعض العمليات والصّفقات، قد تكتسي الصّبغة التجاريّة إذا قام بها شخص بغاية تحقيق الأرباح وتوفّرت بعض الشّروط .

---

(1) – الطيب اللّومي ، الوسيط في الأوراق التجاريّة ... ، مرجع سابق ، ص 13.

(2) – مثلاً الفواتير أو البيانات القابلة للاحتجاج (Bordereaux portestables) ، التي أُلغيت في فرنسا بالقانون عدد 1 المؤرّخ في 2 جانفي 1981،لعدم انتشارها في التّطبيق .

- Cf., Youssef KNANI, Op. Cit., pp. 15 et 16.

الفصل الثاني

تجاريّة الصفقات

تعرّض المُشرّع التونسي لبعض العمليات والصفقات، التي يمكن أن تكتسي الصبّغة التجاريّة خارج إطار المهنة التجاريّة، وتُعتبر من الأعمال التجاريّة المنفردة، وهي صفقات قد يقوم بها أشخاص طبيعيون (المبحث الأوّل)، أو أشخاص معنويون (المبحث الثاني).

المبحث الأول : صفقات الشّخص الطبيعي

يحترف الأفراد النّشاط التجاري فيكتسبون صفة التاجر القانونيّة ويتمتّعون بمزاياها ، ويخضع نشاطهم المهني لأحكام القانون التجاري، وهذا ما كرّسه بصورة خاصة الفصلان الأوّل والثاني من المجلة التجاريّة.

إلا أن المشرّع التونسي عند وضعه المجلّة التجاريّة، لم يقتصر على المعيار الشخصي في بناء قواعدها. فالقانون التجاري التونسيّ ليس خاصاً بمحترفي التجارة فقط، بل يمكن أن يخضع لأحكامه غير المحترفين.

وأحياناً يخضع أشخاص للقانون التجاري مع أنهم بعيدون كل البعد عن الميدان التجاري وأنشطته، من خلال قيامهم بعملٍ يعتبره القانون تجاريّاً بصورة مطلقة (كإمضاء كمبيالة مثلاً) وفي هذا تطبيق مباشر للنظريّة الموضوعيّة.

ولعلّ المِحْوَر الأساسي يتعلق بتجاريّة الصفقات التي يقوم بها غير المحترفين للتجارة.

لتبيان ذلك لابد من التعرف على مقومات التجاريّة لهذه الصفقات (فقرة أولى)، ومدى انطباق القانون التجاري عليها (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى : مقوّمات التجاريّة لصفقات الأفراد

ينصّ الفصل الثالث من المجلة التجاريّة على أنّه :«يكون خاضعاً للقوانين وأصول العرف المنظّمة للتجارة كل من باشر بحكم العادة العمليات المنصوص عليها بالفصل الثاني المتقدم شرحه للتحصيل منها على ربح».

بالنّظر إلى هذا الفصل نجد أنّه يهتم بالأشخاص الذين يعتادون القيام بعمليات تجاريّة، دون أن تكون التجارة مهنة لهم. فما هي عناصر الصبغة التجاريّة للصفقات التي ينجزها هؤلاء الاشخاص ؟

لقد أجاب الفصل السابق على هذا السؤال وحصر هذه المقوّمات في أمرين :

- أولهما : اعتياد الشخص القيام بعمليات تجاريّة.
- وثانيهما : المضاربة والسعي لتحقيق الربح.

أوّلاً - اعتياد العمليّات التجاريّة :

إذا اعتاد شخص القيام بعمليات محددة قانوناً، فيمكن أن تصطبغ هذه العمليات بالصّبغة التجاريّة، وبالتالي تخضع لأحكام القانون التجاري.
فما هو الاعتياد بالمقارنة مع الاحتراف (أ)، وما هي العمليات التي تصبح عملاً تجارياً بالاعتياد (ب) ؟

أ - الاعتياد :

قبل مقارنة الاعتياد بالاحتراف لابدّ من التعرّف على مفهومه .

1- **مفهوم الاعتياد** : الاعتياد : مشتق من العَوْد والعادة : وهو ما يعتاده الانسان، أي يعود اليه مراراً متكرّرة[1]. وهذا يعني في سياق الفصل

---

(1) - انظر ، فؤاد البستاني، مُنجِد الطلاب، مرجع سابق، ص 504.

الثالث من المجلة التجاريّة، تَعوّد الشخص على ممارسة العمليات التجاريّة بصورة متكررة دون أن تصبح حِرفته.

وتكرار العمليات التجاريّة بصورة متفرّقة متباعدة، لايجعلها في إطار الاعتياد ولا يدخلها في نطاق القانون التجاري، وخصوصاً إذا اختلفت مواضيع العمليات التي ينجزها الشخص ، كأن يبيع مرة منقولاً ثم يشتري عقاراً بعد فترة بعيدة ليبيعه بربح ثم ينقل أشخاصاً بسيارته بمقابل...

أمّا إذا ثبت أن الشخص قد اعتاد القيام بنقل الركّاب بسيارته الخاصة بمقابل وبصورة متكرّرة، فإنه يخضع لمقتضيات الفصل الثالث من المجلة التجاريّة رغم أن النقل ليس حِرفةً له.

والسّؤال هنا هل يتوجب توفر عدد معيّن من المرّات التي يكرر فيها الشخص العمليات التجاريّة خلال فترة زمنية محددة، حتى يعتبر معتاداً للتجارة؟

في الواقع إن هذه المسألة غير محددة بنصّ قانوني، وتخضع لتقدير القاضي حسب ظروف كل قضية، فما يعتبر اعتياداً في حالة ما، قد لا يعتبر كذلك في حالة أخرى.

فالصّفقات المفردة المتفرّقة - حسب التشريع التونسي - لا تدخل مبدئياً في إطار القانون التجاري ولو كانت متكرّرة، إلا إذا كان هذا التكرار قد وصل إلى مرحلة يمكن اعتباره اعتياداً، وكأن الاعتيادَ خيطٌ شفافٌ يربط بين هذه الصفقات.

أمّا التشريع الفرنسي فقد قبل بإضفاء الصبغة التجاريّة على الكثير من الصفقات المنفردة، ولو تمّت بصورة معزولة ولمرّة واحدة، وهو ما يظهر جلياً في الفصلين 632 و 633 من المجلة التجاريّة الفرنسيّة، فمثلاً يعتبر عملاً تجارياً : كل شراء لمنقول بغرض بيعه ثانية. وكل عمليّة صرافة، وكل الارساليات البحريّة، وكل تأمين بحري....

والكثير من التشريعات العربيّة[1] سارت على نهج التشريع الفرنسي، وقبلت بتجاريّة الأعمال المنفردة المعزولة، وهو تكريسٌ للنظريّة الموضوعيّة، إذ لا يُنظر إلى صفة القائم بالعمل لإضفاء الصبغة التجاريّة عليه.

2 - مقارنة الاعتياد بالاحتراف :

اعتياد أو احتراف التجارة يقتضي ممارسة النشاط التجاري بصورة معتادة بقصد تحقيق الأرباح، إلا أن الاحتراف يختلف عن الاعتياد في عديد الجوانب :

- المحترف يقوم بالأعمال التجاريّة بصورة رئيسة ومنتظمة. وغالباً ما يكون متفرّغاً للقيام بهذا النشاط بقصد الارتزاق والتعيش[2].

أما معتاد التجارة فهو مُقتنصٌ للفرص[3] ، ولا يرتقي نشاطه إلى مرتبة الاحتراف[4] من حيث التنظيم والتفرّغ.

- يسعى مُحترف التجارة عادةً لإبراز صفته كتاجر، ويبذل الأموال لاشهارها لاستقطاب الحرفاء. أما التاجر المعتاد فغالباً ما يتحاشى الظهور بمظهر التاجر، إما لكونه فاقداً للأهليّة التجاريّة أو ممنوعاً من ممارسة التجارة، أوللتهرّب من دفع الضرائب وغير ذلك من الأسباب.

- تفترض الحرفة وجود الإطار التنظيمي، وعادة ما يتم ممارستها من خلال أصل تجاري، تتوفّر فيه المقومات الجوهريّة اللازمة لممارسة النشاط التجاري.

أمّا الاعتياد فيكون على هامش الحياة التجاريّة، بل غالباً ما يكون التاجر المعتاد متطفلاً على الميدان التجاري.

---

(1) - انظر، (الفصل 6 قانون التجارة اللبناني) و(الفصل 6 قانون التجارة السوري) و (الفصل 2 القانون التجاري الجزائري) و(الفصل 2 من قانون التجارة المصري) و(الفصل 2 من قانون التجارة المغربي) و (الفصول 4 ، 5 و6 من قانون التجارة الكويتي) و(الفصل 10 من القانون التجاري اليمني) و(الفصل 5 من القانون التجاري العراقي).

(2) - راجع بحثنا السابق الذكر «قيام صفة التاجر...»، ص 13 وماب.

(3) - انظر، فريد مشرقي، مرجع سابق، ج. 1، ص 85.

(4) - انظر، سمير عالية، مرجع سابق، ص 116.

- الممارسة الاعتياديّة للتجارة لا يمكن إلحاقها بالممارسة المهنيّة، إذ ينقصها العنصر القصدي للاحتراف، وهو نيّة الشخص بتركيز وتوجيه نشاطه إلى المهنة التجاريّة، وهو عنصر نفسي من الصعب إثباته[1].

الحقيقة أنّ التفرقة بين المحترف للنشاط التجاري والمعتاد لا تكون دائماً سهلةً، ولكن عموماً يتجلّى الاحتراف بمظاهر خارجيّة لا تتوفّر عادة عند المضارب المعتاد، وإن كانت هذه المظاهر ليست من عناصر الحرفة، بل هي مجرّد قرائن بسيطة (كالتسجيل في السجلّ التجاري والأصل التجاري وغير ذلك)[2].

ب - العمليات المُعتـــادة :

بالرّجوع إلى الفصل الثالث من المجلة التجاريّة، نلاحظ أنّه يحيل إلى الفصل الثاني من نفس المجلّة، للتعريف بالأعمال التي يمكن أن تصطبغ بالصفة التجاريّة إذا اعتاد الأشخاص على القيام بها.

ونتساءل عن مقصد المشرّع بالعبارة الواردة في الفصل الثالث (العمليات المنصوص عليها بالفصل الثاني المتقدم شرحه) ؟

يوجد احتمالان للإجابة على هذا التساؤل ، الأول يعتمد التفسير المضيّق والثاني يعتمد التفسير الموسّع .

1- التفسير المضيّق : ويحصر العمليات التي تكون تجاريّة بالاعتياد بالأعمال المذكورة على وجه الخصوص وهي :

- استخراج المواد الأوليّة.
- صنع المواد المكيفة وتحويلها.
- شراء المكاسب مهما كان نوعها وبيعها وتأجيرها.
- الانتصاب لحفظ الودائع...
- النقل بأنواعه .
- التأمين بأنواعه .
- عمليات الصرف والمصارف والبورصة .
- عمليات توسط العملاء والسمسرة .
- القيام بشؤون العموم .
- عمليات الملاهي العموميّة .
- عمليات الإشهار والطباعة والإخبار بالأنباء أو الإرشادات ونقلها.

---

(1) - Cf. , Nébila MEZGHANI, Op. Cit., Vol. 1, p. 157.

(2) - انظر ، زكي الشعراوي، مرجع سابق، ص 71.

فيكون خاضعاً للقانون التجاري كل من يعتاد على القيام بهذه الانشطة حصراً بقصد تحقيق الأرباح.

2- **التفسير الموسّع** : وبناءً عليه تعتبر عمليات الإنتاج أو التداول أوالمضاربة أو التوسط أعمالاً تجاريّة بالاعتياد فيما عدا الحالات المنصوص عليها بالقانون. أي أن هناك تطابقاً في الأعمال التجاريّة بالاحتراف والأعمال التجاريّة بالاعتياد والاختلاف فقط في طريقة الممارسة لهذه العمليات .

يبدو أن هذا التفسير الأخير هو الأقرب للصواب، لأن الفصل الثالث من المجلة التجاريّة جاء مطلقاً. وخصوصاً أنّه يُعْنَى بمحاصرة المتسلّلين إلى الحياة التجاريّة وإخضاعهم لأحكام القانون التجاري، رغم أن قيامهم بالعمليات التجاريّة لم يتم في إطار مهني. ولاحاجة هنا لإعادة دراسة الأنواع الأربعة للأعمال التجاريّة بعد أن توسّعنا في تفصيلها سابقاً [1].

ثانياً - قصد الربح :

إذا كان المشرّع التونسي قد اعتبر أنّ قصد الربح مفترضاً في احتراف التجارة، ولم يصرّح بضرورته في الفصل 2 م ت، لأن السعي لتحقيق الأرباح يعدّ من أهم خصائص الحرفة التجاريّة، وهو عنصر بديهي من عناصرها. فإنّه اشترط هذا العنصر بصورة صريحة في الفصل 3 م.ت، لكي يُعتبر العمل المُعتاد من الأعمال التجاريّة.

هذا يعني أن من يعتاد القيام بإحدى العمليات المنصوص عليها في الفصل 2 من المجلة التجاريّة دون أن يقصد الحصول على الأرباح، لا يعدّ نشاطه تجارياً ولا يخضع للقانون التجاري، بل يبقى خاضعاً للقانون المدني، كمن يعتاد نقل الأشخاص مجاناً بسيّارته الخاصة، أو حفظ الودائع بدون مقابل.

وبالتالي فإن قصد الربح هو عنصر أساسي لتجاريّة النشاط المعتاد، لذا يتّجه التعريف بطبيعته وبيان كيفية إثباته.

---

(1) - راجع الباب الأول من الجزء الأوّل من هذا البحث وخصوصاً الفصل الأوّل منه.

أ- قصد الربح هو عنصر نفسي :

هذا يعني توجّه نيّة القائم بالصفقات المعتادة إلى غاية تجاريّة، وهي المضاربة وجني الأرباح. وهذه العمليّة نفسيّة داخليّة من الصّعب ضبطها والتأكّد منها[1].

والرغبة في تحقيق الربح هي العنصر الأساسي في الأعمال التجاريّة التقليديّة، إلا أن التشريعات توسّعت في بعض الحالات واعطت الصبغة التجاريّة لعمليات وتصرفات دون أن يكون الهدف منها تحقيق الأرباح، كما هو الحال في الأوراق التجاريّة إذ تُعتبر الكمبيالة مثلاً عملاً تجارياً مطلقاً، دون النظر إلى قصد ساحبها ونيّته.

ب - تحرّي قصد الربح :

لأن قصد الرّبح أمر نفسي داخلي غير ملموس وليس من السهل معرفته، فإن التساؤل يثور حول كيفيّة التأكد من توفره لدى من يعتاد القيام بعمليات اعتبرها القانون تجاريّة إذا كانت بقصد التحصيل على الأرباح ؟

يعتمد القضاء في المسائل التجاريّة على مبدأ حرية الإثبات، وتكون للقاضي سلطة تقديريّة واسعة في هذه المسائل. فيمكنه الاعتماد على إقرار القائم بالصفقات أو على القرائن والظروف المحيطة بكل قضيّة.

1- الإقرار : قد يُقرّ القائم بعمليّات تجاريّة بأنّه اعتاد على هذه العمليّات بقصد تحقيق الأرباح، فيكون بذلك قد قدّم إثباتاً بأنّه تاجر معتاد يخضع لموجبات الفصل الثالث من المجلة التجاريّة.

2- القرائن : قد يتملّص مُعتاد التجارة من الإقرار بقصده الإتجار والمضاربة، للتهرّب من الخضوع لأحكام القانون التجاري أو الضرائب التجاريّة

---

(1) - سميحة القليوبي، القانون التجاري الكويتي، المطبعة العصريّة، الكويت، 1974، ص 54.

وغير ذلك . فيعتمد القاضي على القرائن لإثبات صفته كتاجر معتاد حسب ظروف كل قضيـــة[1].

وقصد الربح يجب أن يتوفّر وقت إجراء العمليّة التجاريّة، ولا يهمّ عدم تحقق الربح من الصفقة، فمن يشتري سلعاً على سبيل المثال ليبيعها ثانية، يجب أن يقصد عند الشراء بيعها بربح، حتى يصبح عمله تجارياً إذا اعتاد عليه، ولا يتغير في الأمر شيءٌ حتى لو باعه بخسارة[2]. فالعبرة ليست بالنتيجة بل باتجاه النيّة نحو تحقيق الربح.

ويقع عبء إثبات توفّر النيّة وقصد الربح على من يدّعيه ، وله في سبيل ذلك أن يسلك كافة طرق الإثبات القانونيّة.

هذه هي العناصر الواجب توفرها في الصفقات التجاريّة، ولكن كيف ينطبق القانون التجاري على هذه الصفقات ؟

الفقرة الثانية : انطباق القانون التجاري على اعتياد التجارة

من المؤكّد أن التاجر المعتاد يخضع لأحكام القانون التجاري، وهو ما صرّح به الفصل 3 م.ت، الذي جاء فيه أنّه : «يكون خاضعا للقوانين وأصول العرف المُنظِّمَة للتجارة كل من باشر بحكم العادة العمليّات المنصوص عليها بالفصل الثاني...».

والتساؤل الهام يدور حول معرفة مدى انطباق أحكام القانون التجاري على معتاد التجارة ؟ وهل أنّ مركزه القانوني هو نفس مركز مُحتَرِف التجارة أم لا ؟

للإجابة على هذه التساؤلات لابدّ من التعرّض(أوّلاً) لعلاقة معتاد التجارة بصفة التاجر. ثم لتطبيق الأحكام التجاريّة على العمليات المعتادة (ثانياً).

---

(1) – القرائن القضائيّة : هي استنباط المحكمة لأمر غير ثابت من أمور أخرى ثابتة، ويستخلصها القاضي من ظروف الدعوى.

– انظر، يوسف محمد المصاروة ، الإثبات بالقرائن في المواد المدنيّة والتجاريّة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان، ط. 1، 1996، ص. 97.

– أيضاً ، درويش عبد المجيد درويش ، القضاء بعلم القاضي وبالقرائن في ضوء الشريعة والقانون وأحكام المحاكم، قت. ماي 1986، ص 28 و 29.

(2) – انظر ، محمد فهمي الجوهري، مرجع سابق، ص 32 و 33.

أولاً - مُعتـاد التجـارة وصفـة التاجـر:

هل يمكن إضفاء صفة التاجر القانوني على المضارب المعتاد (Spéculateur d'habitude) [1] شأنه شأن المحترف ؟

لهذا السؤال أهمية كبيرة، إذ تترتب على الإجابة عليه نتائج كثيرة، ويتوقف عليه عديد المسائل. فالقول بأن المضارب بالعادة هو تاجر بالمعنى القانوني للكلمة، ويكتسب صفة التاجر الكاملة - شأنه شأن المُحترف للتجارة - يؤدي إلى ترتيب كامل النتائج المُنجرّة عن هذه الصفة - السلبيّة منها والإيجابيّة - ويصحّ آنذاك القول بأن التاجر هو من يمارس التجارة كحِرفة أو بحكم العادة دون أي تمييز.

أمّا القول بأنّه ليس بتاجر مطلقاً، فيؤدي الى عدم إخضاعه للنتائج المترتّبة عن صفة التاجر.

والحقيقة إن المضارب المعتاد هو تاجر(أ) إلا أنّه من نوع خاص، ويمكن أن نطلق عليه اسم تاجر واقعي(ب).

أ - المضارب المعتاد هو تاجر :

لقد ثار خلاف فقهي حول تفسير الفصل الثالث من المجلة التجاريّة. إذ يرى البعض - ومنهم الأستاذة نبيلة المزغني- أن المضارب المعتاد لا يكتسب صفة التاجر، ولكنه يخضع للقانون التجاري، وهذا يجعل من الأهميّة بمكان معرفة إلى أي مدى ينطبق القانون التجاري على هذا الشخص[2].

أمّا البعض الآخر فيرى عكس ذلك - ومنهم الأستاذة دولا فرانج (De LA GRANGE) - التي تقول بأنّه :«يكون من الملائم الأخذ بالفصلين 2 و 3 م.ت. على الشاكلة التي هما عليها، فالتاجر ليس فقط المُحترف للتجارة، وإنّما أيضاً المُضارب بحكم العادة على معنى الفصل الثالث من المجلة التجاريّة...»[3].

---

(1) - إن مُصطلح (المضارب المعتاد) أكثر تعبيراً عن حقيقة تاجر الفصل 3 م.ت.

(2) - Cf., Nébila MEZGHANI, Op. Cit., Vol.1, p. 159.

(3) - E. DE Gaudin DE LA GRANGE, art. préc., p. 17.

ويبدو أن هذا الرأي هو أقرب للحقيقة حسب التشريع التونسي، وهو ما يتأكد من خلال عديد النصوص التشريعيّة اللاحقة لصدور المجلّة التجاريّة. من ذلك مثلاً ما جاء بالفصل الأوّل من القانون عدد 44 لسنة 1991 المتعلّق بتنظيم تجارة التوزيع إذ ينصّ هذا الفصل على أنّه :«يعدّ نشاط تجارة توزيع في مفهوم هذا القانون كل نشاط يمارس على وجه الاحتراف أو بحكم العادة للتحصّل منه على ربح، ويتعلق بشراء منتوجات أو سلع في السوق الداخليّة أو الخارجيّة قصد إعادة بيعها على حالتها في السوق المحليّة، وذلك مع مراعاة أحكام المجلة التجاريّـــة»[1].

ونفس التوجّه نلاحظه في الفصل الأوّل من قانون عدد 17 لسنة 1990 الخاص بالبعث العقاري[2].

ب - المضـــارب المعتـــاد تاجـــر واقعـــي :

إذا كان من المقبول اعتبار المضارب المعتاد تاجراً، فلا يكون من المنطقي معاملته بنفس معاملة التاجر المُحترف، ولو أخضعنا المحترف والمعتاد لنفس النظام القانوني تماماً، فإن الفصل الثاني من المجلة التجاريّة يكون بمثابة اللّغو، ويكفي لاكتساب صفة التاجر القانوني الاعتياد وفق محتوى الفصل 3 من المجلة التجاريّة. لأن احتراف التجارة يكون - من باب أولى - مانحاً لصفة التاجر، وأمر بديهي لاحاجة لتخصيص فصل له، لأن الاعتياد هو الأقل، فإذا كان الأقل كافياً لإعطاء صفة التاجر، فإن الأكثر يعطي بالتأكيد نفس الصفة القانونيّة.

ومن ذلك نستنتج أن الفصلين الثاني والثالث من المجلّة التجاريّة يتكاملان من جهة، ويتباينان من جهة أخرى.

1- تكامُل الفصلين الثاني والثالث من المجلة التجاريّة : إن الفصل الثاني خاص بمحترفي التجارة الذين يلتزمون بقواعد المِهنة التجاريّة الجوهريّة، ويحترمون اعرافها وأصولها ، وحتى المخالفات التي يرتكبونها لا تصل إلى درجة نفي صفة المُحترف عنهم ، وتبقى لهم صفة التاجر القانونيّة.

---

(1) - هذا الفصل يُذكرنا بالصياغة الأصليّة لمصدر الفصلين 2 ، 3 م.ت. (أي الفصل الأوّل من المشروع الأولي للقانون التجاري الفرنسي) والذي اعتبر أن التاجر هو كل من يباشر الأعمال التجاريّة كحِرفة أو بالاعتياد وبهدف تحقيق الربح. مما يؤكد صفة التاجر للمضارب المعتاد.

(2) - ينص الفصل 1 من قانون البعث العقاري المؤرّخ في 26 فيفري 1990 على انّه :«يعدّ باعثاً عقارياً كل شخص مادي أو معنوي ينجز قصد البيع أو الإيجار - بصفة اعتيادية أو من قبيل المهنة...».

أمّا الفصل الثالث من المجلة التجاريّة، فقد أدرجهُ المشرّع التونسي وعياً منه بوجود المتسللين إلى الميدان التجاري، ورغبة منه في محاصرة هؤلاء المتطفّلين وإخضاعهم للأحكام التجاريّة المتميّزة بالقسوة والصرامة، ومعاملتهم كتجّار واقعيّين. وفي ذلك حماية للمتعاملين معهم، لاعتقادهم بأنهم يتعاملون مع تجّار محترفين.

2 - تبايُن النظام القانوني للتاجر المحترف والتاجر المعتاد :

من العدالة عدم المساواة بين التاجر القانوني والتاجر الواقعي، فمزايا القانون التجاري يجب ألاّ يتمتع بها إلا التاجر القانوني، وإلا فنكون قد كافأنا التاجر الواقعي على تطفّله وتسلله إلى الميدان التجاري - رغم عدم التزامه بالقواعد المُنظّمة للمهنة التجاريّة - بمعاملته نفس معاملة التاجر القانوني.

ويمكن عرض أهم نقاط التباين بين التاجر المحترف والتاجر المعتاد :

- يتمتّع التاجر المُحترف بحقّ الترشّح والانتخاب في الغُرف التجاريّة والصناعيّة، في حين أن التاجر المعتاد محروم من هذه الحقوق. وهو ما يمكن استنتاجه من عدم قدرة التاجر الذي يرغب بالانتخاب أو الترشيح في هذه الغرف، إلا إذا تقدم بشهادة تثبت تسجيله في السجلّ التجاري، لأنه لا يستطيع الإدعاء بصفة التاجر إلا إذا كان مرسماً في السجلّ التجاري (فصل 61 من قانون السجلّ التجاري)، وهو ما لا يتوفر في التاجر المعتاد الذي يتملّص من التسجيل في السجلّ التجاري والظهور كتاجر.
- يتمتع التاجر المُحترف بحقّ الترشح لعضوية الدوائر التجاريّة خلافاً للتاجر المعتاد[1].
- يحقّ للتاجر المُحترف دون المعتاد طلب التسوية والإنقاذ إذا كان يمارس مهنته من خلال مؤسسة تجاريّة. لأنّ قانون انقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصاديّة لسنة 1995 جاء خصوصاً من أجل المؤسسات، أمّا صغار التجار أو التجار بالاعتياد فهم لا يمارسون نشاطهم التجاري من خلال مؤسّسة، وبالتالي لا يمكن إخضاعهم للإجراءات الجماعيّة الخاصة بالمؤسّسات.

وإذا كان الاختلاف موجوداً بين التاجر المحترف والتاجر المعتاد فما مدى إخضاع المعتاد للقانون التجاري ؟

---

(1) - انظر ، الطيب اللومي، القضاء التجاري في تونس، مقالة سابقة، ص 10 وما ب.
- أيضاً، محمد صالح السبري، تطور القضاء التجاري بتونس، قت. جانفي 1998، ص 62 وماب.

ثانياً - إخضاع معتاد التجارة للقانون التجاري:

يؤكّد الفصل 3 م.ت. على اخضاع التاجر المعتاد لأحكام القانون التجاري إذ جاء فيه أنّه : «يكون خاضعاً للقوانين وأصول العرف المنظّمة للتجارة كل من باشر بحكم العادة العمليات المنصوص عليها بالفصل الثاني...».

فالتاجر المعتاد يخضع للجانب السلبي من القانون التجاري وللعقوبات التي يخضع لها التجّار المقصّرون بواجباتهم، أو المتلاعبين على المتعاملين معهم، كالتفليس[1] والمنع من ممارسة النشاط التجاري، كما يخضع للضّرائب التجاريّة عن العمليات التجاريّة التي اعتاد على إجرائها.

يثور التساؤل في هذا المجال حول تقاضي التاجر المعتاد أمام الدوائر التجاريّة، وخصوصاً بعد تعديل الفصل 40 من م.م.م.ت.[2] الذي أحدثت بموجبه هذه الدوائر، وتعريف الدعاوى التجاريّة بموجب الفقرة الخامسة من نفس الفصل الجديد بأنّها : «الدعاوى المتعلقة بالنزاعات بين التجار فيما يخصّ نشاطهم التجاري...».

الملاحظ من هذا الفصل أن المشرّع «حدّد اختصاص الدوائر التجاريّة بتوفر شرطين أوّلهما : أن يكون الطرفان المتنازعان لهما صفة التاجر. وثانيهما: أن يتعلّق ذلك النزاع بنشاطهما التجاري...»[3].

وإذا أخذنا الفقرة السابقة من الفصل (40 جديد) على إطلاقها، يظن المرء لأول وهلة إمكانيّة مثول التاجر المعتاد أمام الدوائر التجاريّة - مدعياً كان أم مدعى عليه - إلا أن التدقيق في هذه المسألة يستوجب الرجوع إلى قانون السجل التجاري عدد 44 لعام 1995 ،الذي تعرض لمسألة صفة التاجر في الفصل 60 منه، والذي اعتبر التسجيل بالسجلّ التجاري قرينة لثبوت هذه الصفة للشخص الطبيعي، ولكنها قرينة بسيطة يمكن دحضها.

---

(1) - انظر، شكري أحمد السباعي، مرجع سابق، ج. 4 (الإفلاس)، ط. 1991، ص 87 وما ب.
- أيضاً ، عباس حلمي، الإفلاس والتسوية القضائيّة، ديوان المطبوعات الجامعيّة، الجزائر، ط.2، 1987، ص 9 وما ب.

(2) - القانون عدد 43 المؤرّخ في 2 ماي 1995، رائد رسمي، عدد 37 مؤرّخ في 9 ماي 1995، ص 1047.

(3) - عبد الرؤوف بن الشيخ ، اختصاص الدوائر التجاريّة، قت. جانفي 1998 ، ص 19.

أمّا الفصل 61 من نفس القانون فقد نص على أنّه : «لا يمكن للخاضع للتسجيل الذي له صفة التاجر، أن يتمسك بتلك الصفة إزاء الغير أو الادارة ، إذا لم يطلب تسجيله في خلال شهر من بداية نشاطه، ولا يكتسب تلك الصفة إلا من تاريخ التسجيل.

كما لا يمكن للخاضع للتسجيل الذي له صفة التاجر، أن يعارض بعدم التسجيل للتفصّي من المسؤوليّة والالتزامات المحمولة على التاجر...».

بالتمحيص في هذا الفصل نستنتج أن التاجر المعتاد لا يكون مدعياً أمام الدوائر التجاريّة، لأنه غالباً ما يكون متهرّباً من ظهوره للغير بهذه الصفة، فيتحاشى التسجيل في السجلّ التجاري، ويمكن رد دعواه لعدم الاختصاص بناء على طلب ذوي المصلحة.

ومن جهة أخرى يمكن أن يكون مدعىً عليه أمام هذه الدوائر، ومعاملته كتاجر رغم عدم تسجيله بالسجلّ التجاري. وهذا الفصل يؤكّد التقارب في الوضع القانوني للتاجر المحترف المُخِلّ بالتزاماته الجوهريّة والتاجر المعتاد.

والواقع أن تطبيق الأحكام التجاريّة على معتاد التجارة ليس سهلاً، وخاصّة عندما تتعدد أنشطة الشخص ويكون أحدها نشاطاً تجارياً(أ)، أو تكون الصورة التي يزاول فيها الشخص نشاطه التجاري غير واضحة، وتتذبذب بين الاعتياد والاحتراف (ب).

أ - حالات تعدّد الأنشطة :

كثيراً ما نشاهد في الواقع العملي أشخاصاً يتعاطون أكثر من مهنة في نفس الوقت، وقد تكون إحداها مهنةً تجاريّةً، كأن يمارس المزارع التجارة[1] ، فإذا كان لكل من المهنتين كيانها المستقلّ والقائم بذاته، فلا يكون هناك أي مشكلة ويُعتبر الشخص متعدّد المهن، وبالطبع يكون له صفة التاجر لاحترافه مهنة تجاريّة.

إلا أنّ الإشكاليّة تظهر في حالة تداخل الأنشطة التي يمارسها الشخص، بحيث يصعب الجزم بالصفة التجاريّة أو المدنية للأعمال التي يقوم بها، لتقارب طبيعة العمليات التي يجريها.

---

(1) - انظر، تع. مد. عدد 5061، مؤرّخ في 10 ماي 1982، ن. مع.تع. 1982، ج. 3، ص 200.
- ايضاً ، تع. إداري عدد 181 مؤرّخ في 24 مارس 1983، ن.مع.تع. 1983، ج. 1، ص 319.

وتبرز هذه المسألة بصورة خاصة بالنسبة للحِرفيّين، للتشابه الكبير بين بعض الأنشطة التجاريّة والحِرفيّة، وكثيراً ما تدقّ التفرقة بينهما[1]. وفقه القضاء التونسي حافل بالقرارات المتعلّقة بهذا النوع من القضايا التي يكون جوهر النزاع فيها تحديد الصبغة التجاريّة أو الحِرفيّة لأعمال شخص كان يمارس عدة أنشطة متداخلة :

1- محكمة التعقيب التونسيّة رجّحت في قرارها المؤرّخ في 21 ماي 1981 الصبغة التجاريّة للنجارة، واعتبرتها من قبيل الصناعة وليست من قبيل الحِرفة، فقد جاء في حيثيات هذا القرار أنّه :« ... حتى على فرض مجاراة الطاعن فيما ذهب إليه بدون دليل، من أن النجار يتولى اصلاح بعض القطع الخشبية فإن الغالب على عمله هو الصبغة الصناعيّة ...»[2]. ويمكن ابداء بعض الملاحظات على هذا القرار وأهمها :

- أن شراء الخشب وتحويله إلى مصنوعات لا يكفي لتمييز النشاط الحِرفي عن النشاط الصناعي، لأن ذلك يحدث في كلتا المهنتين، ولم يستند القرار إلى عدم توفّر صفة الحِرفي الواردة في القانون الأساسي للحِرفيّين الصادر في 3 ديسمبر 1983 ، الذي اعتبر فصله الأول أن النشاط الحِرفي يعتمد أساساً على العمل اليدوي، واشترط الفصل الثاني منه في الحِرفي المهارة والكفاءة المهنية [3].

- نجّار الأثاث يعتبر مبدئيّاً من الحِرفيين ومذكور في قائمة الحِرف الصغرى الصادرة في نوفمبر 1984 بقرار وزيريّ الاقتصاد الوطني والسياحة والصناعات التقليديّة، والمحكمة لم توضح في قرارها نوع النجارة موضوع النزاع.

- من أهم المعايير التي تفرق بين الحِرفي والصناعي هو عدد العمال حيث إن المؤسّسات الحِرفيّة لا يتجاوز عددهم فيها تسعة عمّال (فصل 7 من القانون الأساسي للحِرفيين)، والمحكمة لم تتعرّض لهذه المسألة أيضاً.

---

(1) - انظر، تع. مد. عدد 724 مؤرّخ في 10 مارس 1977، ن. مح. تع. 1977، ج. 1، ص 167.
- أيضاً، تع. مد. عدد 5746 مؤرّخ في 25 ماي 1981، ن. مح . تع. 1981، ج. 2، ص 68.

(2) - تع. مد. عدد 3728 مؤرّخ في 21 ماي 1981، ن. مح. تع. 1981، ج. 2، ص 55.

(3) - انظر ، فرحة زراوي صالح ، الكامل في القانون التجاري الجزائري (الأعمال التجاريّة - التاجر - الحِرفي)، ديوان المطبوعات الجامعيّة ، الجزائر ، 1995 ، ص 371 وما بـ.

2- إشكاليّة التداخل بين الأنشطة تبرز بصورة جلية في مهنة الحلاقة النسائيّة، فالقضاء التونسي وإن رجّح الصبغة الحرفيّة بالنسبة لحلاّق الرجال حتى ولو قام بعرض مواد التجميل للبيع[1]، إلا أنّه تذبذب بشأن حلاقة النساء فتارةً اعتبرها حرفةً وتارةً تجارةً.

ومن القرارات التي اعتبرتها حرفة القرار التعقيبي الصادر في 19 مارس 1987 ، حيث جاء فيه أنّ : «مهنة الحلاقة هي في حقيقة الأمر والواقع حرفة لا يترتّب عنها اكتساب الملكيّة التجاريّة، وقد ادّعت المطلوبة أنها تستغلّ المكرى لبيع العطورات وكراء الفساتين مما يجعلها تتعاطى نشاطاً تجارياً فيه، وقد أكّد الاختبار المُجرى في القضية عدد 67528 صحّة ذلك. غير أنّه نص صراحة بعقد التّسويغ على أن المُكرى معدّ لمهنة الحلاقة دون غيرها...»[2].

يمكن اعتبار هذا القرار نموذجاً لتوضيح الوضعيّة القانونيّة لمُعتاد التجارة، فالحلاّقة هنا تُمارس نشاطين بآن واحد. إذ إنها تمارس حرفة الحلاقة من جهة - وهو ما اكترت المحل لمزاولته مبدئياً - إلا أنّها راحت تمارس بصورة معتادة نشاطاً تجارياً بقصد الربح في محل الحلاقة، هو تجارة العطورات وكراء الفساتين، وهو ما أقرّت به أثناء سير القضية وأثبته الاختبار المجرى. وهي في دعواها تحاول أن تثبت صفتها كتاجر، لتكتسب الأصل التجاري، رغم أنها لم تذكر في عقد الكراء نيّتها في ممارسة تجارة العطور وكراء الفساتين، فعوقبت بالحرمان من مزايا التجّار.

ولكن هذا لا يمنع من معاملتها كتاجرٍ معتادٍ، واخضاعها للقانون التجاري والأعراف الخاصة بنشاطها التجاري، كالضرائب التجاريّة، والفوائد التجاريّة، والتفليس عند التقصير بدفع ديونها وغير ذلك.

إلاّ أنّ محكمة التعقيب اعتبرت في مناسبات أخرى أنّ حلاقة النساء هي نشاط تجاري، من ذلك ما جاء في القرار التعقيبي الصادر في 30 ماي 1985 إذ ورد في إحدى حيثياته أنّه : «حيث استقرّ فقه القضاء التونسي على أنّ محلّ

---

(1) - انظر، تع. مد. عدد 9131 مؤرّخ في 25 جانفي 1973، ن.مع.تع. 1973 ج. 2 ، ص 168.
- انظر أيضاً ، تع. مد. عدد 10246 مؤرّخ في 29 أوت 1973 ، ن. مع. تع. 1973 ، ج. 2، ص 176.
- أيضاً ، تع. مد. عدد 3155 مؤرّخ في 7 افريل 1981، ن . مع. تع. 1981، ص 197.
- بنفس المعنى ، تع. مد. عدد 5169 مؤرّخ في 11 جانفي 1982 ، ن. مع. تع. 1982، ج. 1 ، ص 80.

(2) - تع. مد. عدد 17377 مؤرّخ في 19 مارس 1987، ن. مع. تع. 1987، ج. 1، ص 201.

حلاقة النساء محلّ تجارة، وأن القانون المنطبق عليه هو القانون عدد 37 لعام 1977 المؤرّخ في 25 ماي 1977 ...»[1].

إن هذا القرار وغيره من القرارات التي تسايره في التوجه تستحقّ الوقوف عندها والتعليق عليها، لوضع النقاط على الحروف في هذه المسألة لأهميتها البارزة :

- لابدّ من القول - منذ البداية - أنّ حلاقة النّساء هي حرفة وليست نشاطاً تجارياً بذاتها، شأنها شأن حلاقة الرجال. ولا تكتسب الحلاّقة صفة التاجر لمجرّد ممارستها هذا النشاط - حتى ولو استعملت مواد التجميل والعطور والأصبغة في هذه المهنة - لأنّ حرفة الحلاقة تعتمد بصورة أساسيّة على العمل اليدوي والمهارة والكفاءة.

- إنّ الخلط الذي تقع فيه المحاكم بالنسبة لحلاقة النساء، ورد بصورة واضحة في القضايا التي يكون النّزاع فيها حول اكتساب الأصل التجاري والخضوع للقانون عدد 37 لعام 1977 (المتعلّق بتنظيم العلاقات بين المُسوّغين والمتسوغين فيما يخصّ تجديد كراء العقارات أو المحلات ذات الاستعمال التجاري أو الصناعي أو المستعملة في الحِرف)[2].

وإذا كان التاجر والصناعي يمكن لهما اكتساب الأصل التجاري، لأن القانون يمنح كليهما صفة التاجر القانونيّة، فإن الاشكالية تثور حول الحِرفي، لأنّ الفصل الأوّل من قانون 37 لسنة 1977 أورده إلى جانب التجار والصناعيين، إذ ينص على أنّه :«تنطبق أحكام هذا القانون على عقود تسويغ العقارات والمحلات التي يستغلّ بها ملك تجاري طيلة عامين متتاليين على الأقل سواء أكان على ملك تاجر أو صاحب صناعة أو صاحب حِرفة».

فالتّاجر أو الصناعي أو الحِرفي لا يستحقون الحماية القانونيّة الواردة في هذا القانون بصورة بديهيّة، «لأن القانون لم يأت حامياً الأشخاص وإنما

---

(1) - تع. مد. عدد 12437 مؤرّخ في 30 ماي 1985، ن. مح. تع. 1985، ج. 2 ، ص 195.
- بنفس المعنى انظر، تع. مد. عدد 12811 مؤرّخ في 12 ديسمبر 1985، ن. مح. تع. 1985، ج. 2، ص 151.

(2) - القانون عدد 37 المؤرّخ في 25 ماي 1977، رائد رسمي. عدد 38 مؤرّخ في 31 ماي و 3 جوان 1977 ، ص 1549.

جاء بتوفير ضمان خاص للأصل التجاري. ولذا فالذي يبيح لهؤلاء الثلاثة أعلاه الانتفاع بالقانون هو الأصل التجاري...»[1] .

فوجود الأصل التجاري ضرورة حتميّة لتطبيق أحكام هذا القانون، إذا استمرّ استغلاله عامين على الأقل. فكيف للحِرفي أن يكتسب ملكيّة تجاريّة وهو لا يُعدّ من التجار ونشاطه الحِرفي لا يعتبر عملاً تجارياً[2] ؟

يمكن حصر الأمر في تفسيرين :

الأوّل : إنّ الحِرفي يُعامل معاملة التجّار فيما يخصّ اكتساب الأصل التجاري، حتى ولو كان نشاطه مقتصراً على حِرفته.

الثاني : إنّ الحِرفي لا يكتسب أصلاً تجارياً إذا اقتصر نشاطه على العمل الحِرفي، بل يحتاج لممارسة نشاط تجاري في محلّ الحِرفة بصورة موازية لنشاطه الحِرفي، فنكون أمام تعدد الأنشطة (حِرفة + تجارة) وهو ما نلاحظه في أغلب القضايا التي يكون فيها موضوع النزاع حِلاقة نسائية[3].

والتفسير الثاني هو الأقرب للصّواب، ولكن مع الأسف فالقضاء التونسي غالباً ما يفترض أن نيّة الإتجار متوفّرة ضمناً في كل حلاّقة نسائيّة. من ذلك ما جاء في القرار التعقيبي الصادر في 21 أكتوبر 1992 إذ ورد في إحدى حيثيّاته أنّه : «درج فقه القضاء والمذاهب الفقهية على اعتبار حلاقة النساء من الأعمال التجاريّة الخاضعة لمقتضيات القانون عدد 37 لسنة 1977 لما فيها من مُعطيات تجعل تلك الحِلاقة تنطوي على نيّة الإتجار ...»[4].

وكان حَرياً بالقضاء إبراز هذه المسألة بوضوح في قراراته، وتعليل إعطاء محلاّت الحِلاقة النسائيّة الصبغة التجاريّة فقط إذاتبيّن أنها تمارس معها الأنشطة

---

(1) – بلقاسم القروي الشابي، المُلكيّة التجاريّة ، نقوش عربية ، تونس، (طبعة غير مؤرّخة) ، ص 35.

– انظر ، رشيد الصباغ ، الملكيّة التجاريّة (الأحكام الجديدة في القانون عدد 37 لسنة 1977 المؤرّخ في 25 ماي 1977)، شركة فنون الرسم والنشر والصحافة ، تونس، ط. 1، 1985، ص 21 وما ب.

(2) – الفصل 189 م.ت. اعتبر الأصل التجاري أمراً محصوراً بممارسة أعمال التجارة.

(3) – انظر، تع. مد. عدد 18735 مؤرّخ في 28 مارس 1990، ن. مح. تع. 1990، ص 134.

(4) – تع. مد. عدد 34674 مؤرّخ في 21 أكتوبر 1992، ن. مح. تع. 1992، ص 247.

التجاريّة (بيع مواد تجميل وعطور – كراء فساتين...)، بل يمكن الذهاب إلى أبعد من ذلك بالقول بضرورة التأكد من أنّ الحلاّقة النسائيّة يجب أن تكون مُعلنة لصفتها كتاجرة، وقامت بترسيم نشاطها التجاري في السجلّ التجاري، لتكتسب الحق في الملكيّة التجاريّة، وليست مجرّد مُعتادة للنشاط التجاري وتتملّص من واجباتها التجاريّة، ثم تسعى للانتفاع بميزة هامة من مزايا التجار. وإلا فنكون قد ساوينا في الحقوق بين التاجر المُقصّر بواجباته والتاجر النظامي الملتزم بواجباته المهنيّة.

لكن الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب بقيت في قرارها الصادر في 13 أفريل 1995[1] متمسّكة بكفاية النشاط الحِرفي لاكتساب الأصل التجاري، إذ جاء في إحدى حيثياته أنّه :«وحيث أن تركيز محكمة الموضوع تحقيقها في النزاع على نوعيّة النشاط التجاري المُمارس، إن كان حِلاقة فحسب أم حلاقة وتجارة مواد تجميل، وعلى صفة المتسوّغ إن كان صاحب حِرفة فحسب أم تاجراً، في غير محلّه باعتبار أن ذلك لا تأثير له على وجه الفصل في النزاع...»[2].

وقد اعتبرت الأستاذة فاطمة بوراوي درغوث أن هذا القرار له أهميّة بارزة، خاصةً لأنّه «يوافق الاتجاه الحالي للمشرّع التونسي الذي يُقرّب وضعيّة الحِرفي من وضعيّة التاجر، إذ يُخضع كليهما لبعض القوانين على قدم المساواة..»[3].

3- أيضاً يظهر التقارب والتشابه بين النشاطين الحِرفي والتجاري بالنسبة للميكانيكي، فمحكمة التعقيب أعطت الصبغة التجاريّة لهذا النشاط في بعض قراراتها[4] ، والصّبغة الحِرفيّة في البعض الآخر[5].

---

(1) – منشور في «قرارات الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب (1994– 1995)»، مركز الدراسات القانونيّة والقضائيّة بوزارة العدل، تونس، ص 27 وما بعدها (وقد ورد هنا أنّه صادر في 13 أفريل ، وورد في تعليق الاستاذة فاطمة بوراوي المذكور لاحقاً أنه صادر في 13 مارس).

(2) – قر. تع. عدد 42233 صادر عن الدوائر المجتمعة في 13 أفريل 1995.

(3) - Fatma BOURAOUI DARGHOUTH, vers un rapprochement de statut l'artisan de celui du commerçant : le cas de la coiffure pour dames (commentaire de l'arrêt des chambres réunies n°42233 du 13 mars 1995), R.T.D. 1997, Doct., p. 85.

(4) – انظر، تع. مد ، عدد 22 مؤرّخ في 4 نوفمبر 1976، ن. مح. تع. 1976، ج. 3، ص 97.
– ايضاً، تع. مد. عدد 16566 مؤرّخ في 24 ماي 1989، ن. مح. تع. 1989، ص 218 .
(منشور أيضاً في قت. جوان 1991، ص 95).

(5) – انظر، قر. تع. مد. عدد 6069 مؤرّخ في 31 ماي 1983، ن. مح. تع. 1983، ج. 3، ص 264.

وحقيقة الأمر أن عمل الميكانيكي وإصلاحه للمحرّكات هو عمل فنّي يتطلب مهارات وكفاءة، ويعتمد على الجهد الشخصي أساساً وليس على المضاربة، حتى لو قام بصورة متفرّقة بشراء بعض قطع الغيار لتركيبها للمحركات التي يقوم بإصلاحها. إلا أنّه إذا تطور الأمر بصورة واضحة، وأصبح يتاجر بقطع الغيار بصورة معتادة إلى جانب حِرفته الأصليّة، فيمكن اعتبار هذا النشاط تجارياً، استناداً إلى الفصل الثالث من المجلة التجاريّة، وهو ما يجب على القضاء التثبت منه قبل إعطاء هذا النشاط الصفة التجاريّة وإخضاعه للقانون التجاري.

4- فقه القضاء التونسي تردّد أيضاً أمام التقارب والتداخل في حِرفة الخِياطة، وهي أساساً حِرفة يدويّة تعتمد على المهارات الشخصيّة[1]، حتى لو قام الخيّاط ببيع الأشياء المخيطة بين الحين والآخر، لكن الأمر يختلف إذا ثبت أن تكرار شراء الأقمشة لبيعها بربح بعد خياطتها أصبح نشاطاً معتاداً، يمارسه بالإضافة لقبوله الأقمشة من الآخرين واعادتها لأصحابها بعد الخياطة مقابل أجر، فيمكن اعتباره تاجراً معتاداً (صانع وبائع ألبسة)[2]. ومن باب أولى إذا توسّع أكثر من ذلك وقام بالتسجيل في السجلّ التجاري كمحترف لبيع الأدوات والمواد الأوليّة اللازمة للخياطة إلى جانب الخياطة، إذ نكون أمام تعدّد الحِرف في نفس المحل.

والواقع أنّه ليست الصعوبة فقط في التمييز بين الحِرف المتداخلة بل هناك أيضاً حالات تصعب فيها التفرقة بين اعتياد التجارة واحترافها.

ب - حالات تصعب فيها التفرّقة بين الاعتياد والاحتراف :

إن الحدّ الفاصل بين اعتياد التجارة واحترافها ليس واضحاً دائماً، مع الأهميّة الكبيرة لاختلاف النظام القانوني لكل من الوضعيّتين . وهناك عديد الحالات التي يصعب فيها تحديد موقع الشخص الذي يمارس النشاط التجاري، وبالتالي معرفة مدى انطباق القانون التجاري عليه.

وتظهر الإشكالية بصورة خاصّة عند وجود خلل بأحد عناصر الحِرفة أو أحد مظاهرها ، كما تظهر عند مخالفة التاجر للقواعد المُنظّمة للتجارة.

---

(1) - انظر، تع. مد. عدد 5039 مؤرّخ في 17 ديسمبر 1981، ن. مح. تع. 1981، ج. 4، ص 259.

(2) - انظر ، تع. مد. 3466 مؤرّخ في 4 ماي 1981 ن. مح. تع. 1981، ج. 1، ص 237.

1- حالات مخالفة القواعد المُنظّمة للحِرفة التجاريّة :

ترتكز الحِرفة التجاريّة على توفّر قواعد تنظيميّة عامة تمسّ كل الحرف (المنع أو السقوط أو التنافي). وأخرى خاصة ببعض الحِرف التجاريّة (كالترخيص أوالشروط الخاصة أو الاحتكار من طرف الدّولة). وهو ما يدعو إلى التساؤل عن تأثير الإخلال بإحدى هذه الضوابط على التاجر ؟

وبمعنى آخر هل تصح تسميته محترفاً ويبقى خاضعاً للقانون التجاري بمحاسنه ومساوئه، أم يعامل معاملة التاجر المعتاد ويخضع لأحكام الفصل الثالث من المجلة التجاريّة ؟

بالنظر إلى التّشريع المقارن، نجد أن بعض التشريعات تعرّضت بصورة عامة لهذه المسألة، ومنها القانون التجاري الكويتي الذي نص الفصل 14 منه في فقرته الثالثة على أنه :«إذا زاول التجارة أحد الأشخاص المحظور عليهم الإتجار بموجب قوانين أو أنظمة خاصّة، عُدّ تاجراً وسَرت عليه أحكام هذا القانون».

أمّا الفصل 14 من قانون التجارة الأردني فينص على أنّه : «إذا اشتغل الموظفون والقضاة الممنوعون من الإتجار قانوناً بالمعاملات التجاريّة ، فتشملهم الأحكام القانونيّة المتعلّقة بالصلح الواقي والإفلاس»[1].

يُلاحظ أن المشرّع الكويتي أعطى صفة التاجر دون أن يوضّح مدى خضوع الشخص المحظور عليه ممارسة التجارة للأحكام التجاريّة. أمّا المشرّع الأردني فأخضع من يتحدّى المنع القانوني فقط للجانب السلبي من القانون التجاري.

أما المجلة التجاريّة التونسيّة فلا نجد فيها فصلاً مشابهاً ، إلا أنّ محكمة التعقيب في قرارها الصادر بتاريخ 9 ماي 1990 ، اعتبرت الموظّف الذي يُمارس حِرفة تجاريّة متمتعاً بصفة التاجر بما فيها من مزايا، رغم تنافي التجارة مع الوظيفة العموميّة.

فقد جاء في إحدى حيثيات هذا القرار :«حيث أن محكمة الموضوع قد قضت بعدم سماع الدعوى، واعتبار أنّ المعقّب لا حقّ له في تعاطي التجارة، ولا أن يكون له أصل تجاري، وبالتالي لا حقّ له في طلب منحة الحِرمان استناداً إلى

---

(1) - انظر، فوزي محمد سامي، القانون التجاري الأردني، مرجع سابق، ج. 1، ص 92.

كونه موظفاً. مع أنّ الموظّف - رغم صفته تلك - إذا باشر أعمالاً تجاريّة تدخل في نطاق الفصلين 2 و 3 من المجلة التجاريّة إلى جانب مباشرته الوظيفة، يُعتبر مع ذلك تاجراً بالنظر إلى أحكام المجلة التجاريّة وتنطبق عليه أحكام هذه المجلة، ويستحق بالتالي مُنحة الحِرمان إذا ما باشر التجارة واكتسب حق الملكيّة التجاريّة في مُكراه التجاري وحُرم من مواصلة الكراء فيه...»[1].

يمكن إبداء بعض الملاحظات على هذا القرار الهام :

- في هذا القرار تأكيد على تجاوز التّمييز بين الفصلين 2 و 3 م.ت، وإعطاء صفة التاجر للمضارب المعتاد.

- هذا القرار اتّخذ خطوة جريئة بإعطاء الموظف صفة التاجر الكاملة - سواء باشر النشاط التجاري كحِرفة أو بحكم العادة - رغم أن القوانين تحجّر على الموظف ممارسة التجارة، حيث خوّل له هذا القرار التمتّع بمزايا القانون التجاري.

وتظهر الإشكاليّة بحدّة بالنسبة إلى التجارة غير المشروعة والمخالفة للنظام العام والأخلاق الحميدة (كالإتجار بالمخدّرات أو تهريب الذّهب)، حيث ثار خلافٌ فقهي كبير حول مدى خضوع هذه الأنشطة وصفقاتها للقانون التجاري.

بعض الفقهاء لم يقبل إعطاء هؤلاء التجار مركزاً قانونياً، ومنهم الأستاذ علي البارودي الذي يقول بأن : «موضوع الاحتراف يجب أن يكون عملاً مشروعاً فمن يحترف شراء المخدّرات لأجل بيعها لايكتسب صفة التاجر... ذلك أن صفة التاجر تعتبر مركزاً قانونياً لا يمكن أن يكتسبه من يقوم بنشاط غير مشروع أصلاً. إذ يكون الشأن الأوّل، في مثل هذه الصور، هو لقانون العقوبات وليس للقانون التجاري...»[2].

---

(1) - تع. مد. عدد 19128 مؤرّخ في 9 ماي 1990، ن مح. تع. 1990، ص 127.

(2) - علي البارودي ، القانون التجاري (الأعمال التجاريّة والتجّار- الشركات التجاريّة)، مرجع سابق، ص 92.

- بنفس المعنى، سعيد يحيى، الوجيز في النظام التجاري السعودي، مرجع سابق، ص 64.

- انظر أيضاً، محمود مختار بريري ، مرجع سابق، ص 84.

- أيضاً ، علي حسن يونس ، القانون التجاري، مرجع سابق، ج. 1، ص 180.

يرى جانب آخر من الفقه أنه من الممكن إعطاء صفة التاجر لمن يُمارس نشاطاً غير مشروع، فالأستاذ شكري السباعي مثلاً يقول :«نعتقد أن الرأي الذي يزيح صفة التاجر عن الشخص الذي يحترف أعمالاً تجاريةً غير مشروعة، تنقصه الحكمة والدقّة وبُعد النظر، ويبتعد عن مفهوم النّصوص وروحها... ويكون طبيعياً تبعاً لرؤيتنا أن نتبنى الرأي المُدافع على إسباغ صفة تاجر على الشخص ولو كان يحترف عملاً تجارياً غير مشروع... ولا نعتبر الشخص هنا تاجراً إلا لتحمّله الإخلال بالواجبات أو الالتزامات التي يتحمّل بها التجّار، ولنطبق عليه نظام الإفلاس والتفالس. أمّا حقوق التجّار فلا يمكن له التمتّع بها أبداً، لأنها لا تخصّ إلا التجّار الشّرفاء...»[1].

يبدو هذا الرأي صائباً ، فصفة التاجر يمكن اعطاؤها لمن يمارس تجارة غير مشروعة، ولكنها حتماً صفة ناقصة، وتنطبق عليه بموجبها فقط سلبيات القانون التجاري دون إيجابيّاته كعقوبة تكميليّة لما ينتظر هذا التاجر من جزاءات يقرّرها القانون الجـــزائي وغيره من القوانين، ويمكن إخضاعه للضّرائب التجاريّة[2] ولأحكام الإفلاس[3].

وباختصار يمكن معاملة هذا التاجر – سواء كان محترفاً أو معتاداً – كتاجر واقعي، وإلحاق صفة تاجر ناقصة به، وهو مايعتقده الأستاذ سافيلي SAVELLIالذي يقول :«إنّ الاعتراف بصفة التاجر الواقعي ينمّ عن إرادة معاقبة كل من يأتي ممارسة التجارة بصفة غير مشروعة، وكذلك بقصد حماية الغير الذين تعاملوا معه...»[4].

2 – حالات ناتجة عن خلل بأحد مظاهر الحِرفة أو عناصرها :

هناك بعض الوضعيّات التي لا تكون فيها الصبغة التجاريّة واضحة، وهي وضعيات أفرزها الواقع العملي، ويتوجّب تحرّي أهم هذه الحالات ومعرفة مدى تجاريّتها :

---

(1) – أحمد شكري السباعي، مرجع سابق، ج. 3، ط. 1993. ص 266.

(2) - Cf., J.C. Fiscal, Fasc. 202, 1, 1974, n° 55, p. 9.

3) – يقول الأستاذ السباعي : «أيُعقل أن نعاقب التاجر المتوقّف عن ديونه المُمارس لحِرفة تجاريّة مشروعة بالإفلاس والتفالس، ونكافئ التاجر المتوقف المُمارس لحِرفة غير مشروعة باعفائه من الإفلاس والتفالس...».

– أحمد شكري السباعي، نفس المرجع، ج.3، ص 267.

(4) - B. SAVELLI, Commerçant de falt, cass. com., 2 fevrier 1970, G.A.D.A., 1992, p. 110.

- حالة التجارة بدون تاجر : لا يجوز للولي أو الوصي أو المقدّم أن يُنشيء ابتداءً للقاصر أو المحجور عليه تجارة بأمواله، لأنّ التجارة أخطر أنواع الاستثمار وأكثرها حاجة إلى المهارة، ولكن المشكلة تثور إذا ما آلت إلى القاصر تجارة قائمة، إمّا من إرثٍ أو هبةٍ أو وصيّةٍ، أو إذا أصيب التاجر بعارضٍ من عوارض الأهليّة وحُجِر عليه.

فالمصلحة هنا في الغالب هي ألاّ تصفّى هذه التجارة ، وخاصة إذا كانت موفّقة وناجحة. ولكن من هو التاجر في هذه الحالة، وعلى من نطبق القانون التجاري ؟

فالنائب الشرعي لا يكتسب صفة تاجر، لأنّه يمارس هذه التجارة لحساب غيره، والقاصر أيضاً لا يكتسب هذه الصفة لعدم توفّر الأهليّة التجاريّة لديه، وخاصةً إذا كان دون سنّ الترشيد التجاري، ونتيجة لذلك نجد أنفسنا إزاء تجارة صُيِّدون تاجر[1].

هذه الوضعيّة تؤدي إلى خللٍ في تطبيق القانون، وعلى الخصوص نظام الإفلاس، وقد حيّرت الفقه والقضاء واختلفت المواقف تجاه هذه الحالة الشاذّة.

«وحلاً لهذا الإشكال واستناداً إلى الواقع ، ذهب الرأي الرّاجح إلى أنّ القاصر يكتسب صفة التاجر في هذه الحالة ، ويلتزم بمسك الدفاتر التجاريّة وبالقيد في السجلّ التجاري، كما يجوز إشهار إفلاسه، على أن تقتصر آثار إشهار الإفلاس على أمواله دون شخصه، لأن هذه الآثار لها معنى العقوبة، والمفروض أن القاصر لم يُخطيء مادام لم يزاول التجارة بنفسه»[2].

ومن الطبيعي أن تكون صفة التاجر التي تلحق بالقاصر في هذه الحالة صفة ناقصة، لأن الأهليّة التجاريّة شرط لاحتراف التجارة، وبالتالي لا يجوز إعطاء صفة التاجر الكاملة لهذا التاجر الواقعي.

---

(1) - انظر، علي البارودي ، القانون التجاري، مرجع سابق، ص 97.

(2) - سعيد يحيى، الوجيز في النظام التجاري السعودي، مرجع سابق، ص 70.
- انظر، أحمد شكري السباعي، مرجع سابق، ج. 3، ط. 1993، ص 168.

وقد سار قانون التجارة الكويتي على هذا الاتجاه في الفصل 19منه[1] .
والمشرّع التونسي أيضاً، أجاز للقاضي الترخيص للولي في الاستمرار بتجارة القاصر إذا رأى في ذلك مصلحة له، وهو ما جاء بالفصل 17 م.إ.ع. الذي ينصّ على أنّه : «ليس لوليّ الصّغير أو المحجور عليه أن يستمر على تعاطي التجارة في حق من هو لنظره، ما لم يكن مأذوناً في ذلك من الحاكم الذي له النظر، ولا يصدر هذا الإذن إلا لمصلحة واضحة للصغير أو المحجور عليه».

الملاحظ أنّ المشرّع لم يتعرّض لمدى انطباق القانون التجاري على القاصر في هذه الحالة، وحبّذا لو أنّه عالج هذه الوضعيّة بنصّ قانوني، لأن اعتماد الحل الفقهي في هذه المسألة يتضمّن مخالفة لأحكام القانون الذي يمنع إعطاء صفة التاجر للوكلاء من جهة، ولعديمي الأهليّة التجاريّة من جهة أخرى.

- الاستتار والظهور في تعاطي التجارة :

كثيراً ما يَعهد شخص إلى الغير بأمواله ليستغلّها في التجارة، دون أن يظهر هو في الميدان، إمّا لأنه لا يرغب في الكشف عن ثروته، أو لأنّه لا يجوز له ممارسة التجارة، أو لغير ذلك من الأسباب، فيكون أمامنا شخصان أحدهما يستر الآخر[2].

---

(1) - ينص الفصل 19 من القانون التجاري الكويتي على أنّه :
«1- إذا كان للقاصر مال في تجارة، جاز للمحكمة أن تأمر بتصفية ماله وسحبه من هذه التجارة أو باستمراره فيها، وفقاً لما تقضي به مصلحة القاصر، مع مراعاة أحكام قانونه الوطني عند الاقتضاء.
2- فإذا أمرت المحكمة بالاستمرار في التجارة، فلها أن تمنح النائب عن القاصر تفويضاً عاماً أو مقيداً للقيام بجميع الأعمال اللازمة لذلك، ويقيّد التفويض في السجلّ التجاري وينشر في صحيفة السجلّ.
3- ولا يكون القاصر ملتزماً إلاّ بقدر أمواله المستغلّة في هذه التجارة، ويجوز شهر إفلاسه، ولايشمل الإفلاس الأموال غير المستغلّة في التجارة، ولا يترتب عليه أي أثر بالنسبة الى شخص القاصر».
والملاحظ أن المشرع الكويتي قَبِل بتجزئة الذمّة الماليّة للقاصر، لأنّه لايُلزَم إلا بقدر أمواله المستغلّة في التجارة. ومن جهة أخرى لم يُخضع القاصر لجميع اثار صفة التاجر.

(2) - يقول الأستاذ هشام فرعون : «ياخذ تستّر التاجر على عمله أشكالاً مختلفة، ولكن تهدف في أغلب الأحيان لشيء واحد وهو التحايل على بعض التشريعات النافذة...».
- هشام فرعون، القانون التجاري البرّي، مرجع سابق، ج. 1، ص 100.

فمن يكتسب منهما صفة التاجر، الشخص الظاهر أم المُستَتر ؟

لقد ثار خلاف فقهي حول تحديد الشخص الذي تلحقه صفة التاجر، وقد ذهب رأي إلى أن الشخص المَستور هو الذي تُلحق به صفة التاجر، لأنه صاحب العمل الأصلي الذي يتم الاستغلال لحسابه وتجري المضاربة بأمواله.

بينما ذهب رأي آخر إلى القول بأنّ صفة التاجر لا تثبت إلا للشخص الظاهر، فهو الذي يتعامل باسمه مع الغير[1].

«أما الرأي الراجح فيرى أن صفة التاجر يكتسبها الشخص المستتر والشخص الظاهر على السواء. فالأول هو التاجر الحقيقي، والثاني ظهر بمظهر التاجر، فاقتضت حماية الوضع الظاهر اكتسابه صفة التاجر تدعيماً للثقة المشروعة التي أولاها المتعاملون على هذا الوضع...»[2].

- الحقيقة أنّ هذه الوضعيّة هي واقعيّة وليست قانونيّة، ومن الأفضل اخضاع الظاهر والمُستَتر لأحكام الفصل 3 من المجلة التجاريّة التونسيّة وعدم اعطائهما صفة تاجر كاملة، لنقصان عناصر من الاحتراف عند كل منهما، فالتاجر الظّاهر لا يمارس التجارة لحسابه الخاص، والتاجر المتخفّي لا يمارس التجارة بنفسه ولا يعرفه المتعاملون والحرفاء.

وتقتضي نظرية الظاهر إعطاء صفة التاجر الناقصة للتاجر الظاهر بقصد حماية المتعاملين معه، وتُعطى نفس الصفة للتاجر المتخفّي لأنّ التجارة لحسابه ولا يجوز أن يفلت من آثار صفة التاجر.

ويمكن أن يُمارس الشخص التجارة باسم مستعار (Prête-nom)، أي أنّه يمارس التجارة بنفسه ويظهر أمام الغير، لكنه يتّخذ اسماً مستعاراً لشخص آخر معروف، أو يكون اسماً وهمياً. وهنا بدون شك يكتسب الشخص الذي يمارس التجارة فعلياً صفة التاجر[3].

أمّا صاحب الاسم فلا يكتسب صفة التاجر إلا إذا كان يعلم أن التجارة تُباشَر باسمه، ومن باب أولى إذا كان متفقاً مع ذلك التاجر على إعارته اسمه[4].

---

(1) – انظر، أحمد محرز، القانون التجاري الجزائري، مرجع سابق، ص 120.

(2) – محمد عبد القادر الحاج، شرح القانون التجاري اليمني، مرجع سابق، ص 176، 177.

(3) – انظر، جمال الدين عوض، القانون التجاري، مرجع سابق، ص 70.

- Cf., J.C. com. Fasc. 50,3, 1982, n° 78 et 79, p. 10 et 11.

(4) – محمد عبد القادر الحاج، نفس المرجع ، ص 177.

والتشاريع التجاريّة الحديثة تحاول تقنين هذه الحالات الواقعيّة بنصوص صريحة، من ذلك ما جاء في القانون التجاري الكويتي بالفقرة الثانية من الفصل 14 التي تنص على أنّه :«...وتثبت صفة تاجر لكل من احترف التجارة باسم مستعار، أو مستتراً وراء شخص آخر، فضلاً عن ثبوتها للشخص الظاهر». وبنفس المعنى جاء الفصل 19 من القانون التجاري اليمني.

المشرّع التّونسي لم يعالج هذه الحالات صراحة، وإن كان قد أشار بصورة غير مباشرة لبعضها، من ذلك ما أورده بالفصل 596 من المجلة التجاريّة الذي ينصّ على أنّه :«إذا أفلست شركة يمكن التصريح بأن يكون التفليس مشتركاً بينها وبين كل شخص التجأ إلى التستّر بها لإخفاء تصرّفاته، وقام لمنفعته الخاصة بأعمال تجاريّة، وتصرّف بالفعل في مكاسب الشركة كما لو كانت مكاسبه الخاصّة»[1].

وقد ينتحل الشّخص صفة التاجر ويدّعيها، كأن يصف نفسه بأنه تاجر، ويعلن عن ذلك بوسائل النشر والإعلام أو عند إبرامه العقود وغير ذلك من المعاملات.

ويختلف مُنتحل صفة التاجر عن التاجر المستتر، في أن المنتحل لا يمارس التجارة مطلقاً، في حين أن التاجر المستتر يمارسها عن طريق شخص آخر، فهل يكتسب المنتحل صفة التاجر أم لا ؟

يبدو أن بعض التشريعات قبلت صراحةً اعتباره تاجراً، وذلك حماية للغير الذي يتعامل معه بحسن نيّة، كالقانون التجاري السوري الذي نص في الفصل 11 منه على أنّ : «كل من أعلن في الصحف أو النشرات أو أيّة واسطة أخرى عن المحلّ الذي أسسه وفتحه للاشتغال بالمعاملات التجاريّة، يعدّ تاجراً وإن لم يتّخذ التجارة مهنةً مألوفة له».

الأستاذ هشام فرعون يُعلّق على هذا الفصل بقوله :«إن مجرّد تصريح الإنسان بانه محترف للتجارة، وإن يكن بحدّ ذاته قرينة إثبات على صحّة ذلك، انطلاقاً من مبدأ حسن النيّة في المعاملات. إلا أنها قرينة غير كافية إذا كان ظاهر

---

(1) – جاء في الفصل 1148 م.إ.ع. أن : «حقوق العقد الذي يضيفه الوكيل إلى نفسه ترجع إليه، وهو المطلوب مباشرة لمن عاقده، ولو علم مُعاقده أن اسمه في العقد عارية أو بصفة كونه وكيلاً».

الحال يناقض هذا التصريح... فالتصريح يمكن أن يحتجّ به الغير لما فيه مصلحته، إلا أنّه لا يخلق لصاحبه وضعاً جديداً ليس له سند في القانون ...»[1].

وهذا يؤكد أنّ الصّبغة التجاريّة الممنوحة للمُنتحِل هي ناقصة، يقصد بها حماية من ينخدع به من المتعاملين معه، ويمكن أن تتحوّل إلى صفة تاجر كاملة إذا بادر فعلاً بممارسة التجارة وتوفّرت فيه الشروط القانونيّة اللازمة لذلك.

وقد أشار المشرّع إلى حالة مشابهة بالنسبة إلى من يدرج اسمه في الاسم الجماعي لشركة من شركات الأشخاص، حيث جاء في الفصل 29 م.ت. أن :«كل شخص أجنبي عن الشركة يرضى عن علم منه بإدراج اسمه في الاسم الجماعي المخصوص بشركة، يَضمن الديون التي عليها لأي شخص ينخدع بهذا التضليل».

الملاحظ أنّ المشرّع التونسي لم يصرّح باعتبار هذا الشخص تاجراً. فهل يُعامل كتاجر واقعي ويُفلّس أم هو ضامن مدني فحسب ؟
الأرجح أن الغير لا يستفيد من هذا الفصل بالشكل المناسب إلا إذا اعتُبِر هذا الشخص تاجراً واقعياً استناداً إلى الوضع الظاهر، وعومل كما لو كان شريكاً فعلاً.

ونستطيع القول بأنّ الخلاف الفقهي حول تفسير الفصل 3 من المجلة التجاريّة وتطبيقاته، يمكن التخفيف من حدّته لو أننا قبلنا بتجزئة صفة التاجر إلى جانبين، الأول : سلبي يسمح بإعطاء صفة تاجر ناقصة، ليس فقط للمضارب المعتاد، بل لكل من يُخلّ من التجار بالشروط القانونية لقيام صفة التاجر أو لكلّ من يَدخل الحياة التجاريّة بصورة غير سليمة.
أمّا الجانب الثاني: فهو جانب إيجابي يسمح باكتساب الشخص لصفة التاجر كاملةً بكل آثارها (الإيجابيّة منها والسلبيّة) ويختصّ بها التجار الملتزمون بالقواعد الجوهريّة للتجارة وأحكام القوانين المتعلّقة بها.

ونتساءل : هل بالإمكان تطبيق هذه القواعد على صفقات الشخص المعنوي ؟
هذا ما سنتحرّى عنه في المبحث التالي .

---

(1) هشام فرعون، مرجع سابق، القانون التجاري البري ، ج. 1، ص 66.

المبحث الثاني : صفقات الشخص المعنوي

إلى جانب الصفقات التي يجريها الأشخاص الطبيعيون من خلال وضعيات واقعيّة غالباً ما تكون على هامش المشروعية وتكتسي الصبغة التجاريّة، يُمكن أن نجد معاملات وصفقات لأشخاص معنويّين تخضع أيضاً للقانون التجاري. ولابدّ من تبيان تجاريّتها (فقرة ثانية)، مع التركيز على حالة خاصّة، لها مظاهر شائكة في التطبيق تتعلق بالشركات الفعليّة (فقرة أولى).

الفقرة الأولى : صفقات الشركة الفعليّة

يفرز الواقع العملي نوعاً من الشركات مُختلّة التكوين وتمارس نشاطها رغم وجود الخلل، يطلق عليها اسم الشركات الفعليّة (sociétés de fait) (أولاً). فمَن المُتعيّن تحري تجاريّة الصفقات التي تجريها هذه الشركات (ثانياً).

أولاً - مفهوم الشركة الفعليّة :

تمثل الشركة الفعليّة حالة واقعيّة تمّ الاعتراف بها، حماية للمتعاملين معها وحفظاً لحقوقهم. ولتحديد مفهوم هذه الشركات الواقعيّة يتعيّن التعرّف على كيفيّة نشوئها (أ) ومدى تمتّعها بالشخصيّة المعنويّة (ب).

أ - نشوء الشركة الفعليّة :

تُعتَبَر الشركة قانونيّة إذا استجمعت عند انشائها جميع الأركان الموضوعيّة والشكليّة التي نصّ عليها القانون، فإذا تَخلّف ركن من هذه الأركان تعرّضت للبطلان.

والبطلان في الأصل يجعل العقد المُبرم كأنه لم يكن[1] وباثر رجعي، فيُلغي وجود هذا العقد استناداً إلى القاعدة العامة في البطلان، والتي تقضي بأن «الباطل لا أثر له ولا وجود». حتى أنّ البعض - ومنهم الأستاذ المالقي - يشبّهون العقد الباطل بالجنين الذي يولد ميّتاً[2].

---

(1) - انظر، تع. مد. عدد 1637 مؤرّخ في 12 ديسمبر 1978، قت. أفريل 1979، ص 106.

(2) - محمد المالقي، محاضرات في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 309.

ولكن تطبيق مبدأ البطلان على عقد الشّركة، قد يؤدّي الى نتائج خطيرة لا تتّفق مع مبدأ العدالة، وتثير عديد المشاكل المعقّدة بين الشركاء، أو بينهم وبين الغير. فالشركة الباطلة التي استمرّت ردحاً من الزمن، وقامت باستغلال أموالها وأجْرَت التصرّفات مع الغير، وقامت بالتفرّغ عن بعض أموالها، وحققت أرباحاً أو لحقتها خسائر، ليس سهلاً أمام كل ذلك وببساطة اعتبارها منعدمة الوجود.

هذه المُشكلة أدّت لظهور نظريّة الشركة الفعليّة لتخفّف من حدّة مبدأ «ما بُني على باطل فهو باطل»[1]. ويقول الأستاذ مفلح القضاة : «بمقتضى هذه النظريّة اعتُبرت الشركة التي تَقرّر بطلانها لعيبٍ في تكوينها أو لإغفال شهرها أنها كانت ذات (كيان فعلي) في الماضي، وإن أثر البطلان لا يترتّب في صددها مبدئياً إلا للمستقبل، وذلك احتراماً للأوضاع القانونيّة التي اكتسبها الغير بتعامله مع الشركة على أساس الظاهر الذي اطمأن اليه، وتحقيقاً لاستقرار تلك الأوضاع واحتراماً لإرادة الشركاء وتحقيقاً للعدالة بينهم. حيث تُعتبر الشركة قائمة بينهم في تلك الفترة، وتَجري تصفيتها وفق عقدها ونظامها...»[2].

وتعود جذور هذه النظريّة إلى القضاء الفرنسي في القرن التاسع عشر، وقد تطورت فكرتها بجهود الفقه والقضاء[3].

يُعرّف الأستاذ إسكارا (ESCARRA) الشركة الفعليّة بأنها :«الشركة التي يتم تأسيسها على وجهٍ فيه خرق للمقتضيات القانونيّة، ويمكن أن توصف بأنها شركة غير قانونيّة أو غير منتظمة société irrégulière »[4].

وقد علّق الأستاذ السباعي على هذا التعريف بالقول :«هذا التعريف غير دقيق لأنه لا يشير إلى فكرة البطلان، لأنّ الشركة إن لم تبطل تبقى قانونيّة»[5].

---

(1) - Samira EL BAHI, Les sociétés de fait, mémoire pour D.E.A. en (Dr. Priv. Gen.), Fac. Dr. Scien. Pol. , Tunis, 1989-1990, p.5.

(2) – مفلح عواد القضاة ، الوجود الواقعي والوجود القانوني للشركة الفعليّة في القانون المقارن، مطبعة عبير للكتاب ، القاهرة، 1985، ص 10.

(3) – ماجدة العبيدي، أنواع الشركات التجارية وقواعد تأسيسها، مرجع سابق، ص 165.
– انظر، رزق الله انطاكي ونهاد السباعي، مرجع سابق، ص 291 وما ب.

(4) - Cf., J. ESCARRA, Traité de Droit commercial (Les sociétés), Op. Cit., Éd. 1950, T.1, pp. 202 et 203.

(5) – أحمد شكري السباعي، مرجع سابق، ج. 5، ط. 1992، ص 112 و 113.

وقد جاء في حكم صادر عن محكمة الاستئناف في سوسة أنّ : «الشركة الواقعيّة هي الشركة التي بكامل عناصرها، إلا أنّه اعتراها بطلان مطلق أو نسبي، ومع ذلك قامت بنشاط خلال فترة من الزمن قبل إعلان بطلانها...»[1]

يحاول الأستاذ مفلح القضاة تحديد أسباب نشوء الشركات الفعليّة بقوله: «هناك أسباب كثيرة تدعو إلى وجود هذا النوع من الشركات، فقد تتّجه إليها الإرادة عمداً، وقد تنشأ بسبب عجز القانون عن تحقيق نظام كامل لتكوين الشركات، كما أنّه قد يكون راجعاً إلى مخالفة حكم القاعدة القانونيّة التي تنظم إنشاء الشركة، كما أنّها قد تحدث بسبب ظروف واقعيّة بحتة، كما هو الحال بالنسبة للشركات التي تَقَرّر حلّها أو فسخها بقوة القانون، واستمرّت رغم ذلك في نشاطها... وهناك حالات أخرى قد تبدو فيها نيّة الأطراف غير واضحة، فيما يتعلّق بالوصف القانوني للمركز الذي خلقته تلك النيّة... بل ربما كان للشركاء نيّة التأسيس، ولكنّهم لم يهتمّوا بإشهار نموذج الشركة...»[2].

والشركات الفعلية ليست نوعاً من أنواع الشركات كشركة المفاوضة والمقارضة، وإنّما هي على رأي الأستاذ هشام فرعون :«حالة مَرضيّة يمكن أن تُكتَشف لدى أي من الشركات...»[3].

يبدو أن نظريّة الشركة الفعليّة لا يُعمل بها في جميع أحوال البطلان بمختلف أسبابه. وفي هذا الموضوع بعض الخلافات ، إلا أنّه ثمّة حُكمان متّفق عليهما :

1- تُعتبر شركة واقعيّة - وتطبق عليها أحكام النظريّة - الشركة التي يتأتى بُطلانها عن إهمال أحد أصول تأسيسها الشكليّة، كعدم الكَتب أوالإشهار[4]، وكذلك إذا لم تُحقّق بعض الشروط الخاصة ببعض الشركات، كالاكتتاب بكامل رأس المال وتسديد ربع قيمة الأسهم على الأقل في شركات المساهمة.

---

(1) - حكم استئنافي مدني عدد 2727 مؤرّخ في 10 ديسمبر 1970، قت. مارس 1971 ، ص 57/ 287.

- بنفس المعنى، تع. مد. عدد 2197 مؤرّخ في 23 مارس 1967، (م.ف.ق.ت.)، ص 135.

(2) - مفلح عواد القضاة، مرجع سابق، ص 8.

(3) - هشام فرعون ، القانون التجاري البرّي، مرجع سابق، ج. 1، ص 371.

(4) - تع. مد. عدد 9580 مؤرّخ في 27 مارس 1984، ن. مح. تع. 1984، ج. 1، ص 177.

2- ولكي تعتبر شركة فعليّة يجب ألا تكون خاليّة من الأركان الأساسيّة في كل شركة، كتقديم الحصص، نيّة المشاركة، وتقاسم الأرباح أو الخسائر، لأن الشركة لا تقوم أصلاً بدون هذه الأركان الجوهريّة[1].

وقد جاء في حكم ابتدائي أن :«عدم مراعاة مقتضيات الفصل 16 من المجلّة التجاريّة لا يحول دون تكوين شركة فعليّة خاضعة للقواعد العامّة المقررة في القانون لمختلف أنواع الشركات، لتوافر أركانها الأساسية الثلاثة ، من تقديم حصص المساهمة من الجانبين ، والتعويل منهما على اقتسام الأرباح والخسائر، وانعقاد نيّة الشركة بينهما...»[2].

والفقهاء يميّزون بين نوعين من الشركات الواقعيّة، الأول يسمى الشركات الفعليّة Sociétés de fait ، والثاني يعبّر عنه بالشركات الناشئة فعلياً Sociétés créées de fait.

والفرق الجوهري بينهما هو أن الشركة الفعليّة تكون ناتجة عن عقد، ولكنها تكون معيبة بأمر يؤدي إلى بطلانها. أما الشركات الناشئة فعليّاً فلا تتوفّر فيها الإرادة الصريحة بتكوين شركة، وإنّما يستفاد وجودها من تصرّف شخصين أو أكثر كما لو كانوا شركاء، ويقصدون من عملهم المشترك اجتناء الربح[3]، كما لو استمرّ الورثة على التصرّف فيما تركه مورثهم وإنماء تلك المكاسب الموروثة[4].

كما يُمكن تصوّر وجود هذه الشركات في إطار الأشغال العموميّة، حيث تقوم الشركة الأم بالاستعانة بمؤسّسات أخرى في إطار عقود مقاولة من الباطن، في حين يتبيّن لنا من خلال تحليل طبيعة العلاقة الرابطة بين كل هذا التجمّع من المؤسّسات وجود العناصر المميّزة لعقد الشركة[5].

---

(1) - انظر ، أميل تيان، مقالة سابقة، قت جوان 1962، ص 22 و 23.

(2) - حكم تجاري ابتدائي عدد 302/ 301 مؤرّخ في 30 جويلية 1963، قت. 2، 3، 4، 5 لسنة 1965، ص 28/ 102 ، (م.ف.ق.ت)، ص 134.

(3) - Y. REINHARD, Droit des sociétés, Éd. Liaisons, Paris, 1993, p. 72.
- Cf. N. MEZGHANI, Op. Cit., Vol. 2 (Les sociétés commerciales) , pp. 43 et 44.
- aussi, Ahmed OMRANE, Op. Cit., p. 159.

(4) - وقد صدر بهذا المعنى حكم ابتدائي عدد 156 مؤرّخ في 12 أفريل 1962، قت. اكتوبر 1962، ص 49/ 673.

- انظر، تع. مد. عدد 12732 مؤرّخ في 29 جانفي 1986،ن . مح. تع. 1986، ج. 1، ص 243

(5) - Cf. , Y. REINHARD, Ibid, p. 73.

وكثيراً ما يخلط القضاء بين الشركة الفعليّة والشركة الناشئة فعلياً، وأيضاً يحدث الخلط بين هذه الشركات الواقعيّة وشركة المحاصة التي لا تُعتبر من الشركات المَعيبة، لأنّ عدم إشهارها يستند إلى أساس قانوني (فصل 42 م.ت). خلافاً للشركة الفعليّة الناتجة عن عدم القيام باجراءات إشهار الشركة.

والخلاف الجوهري بينهما يكمن في أن كشف شركة المحاصّة لا يؤدّي إلى بطلانها، وإنّما فقط يُعامل الشريك الذي ظهر للغير بصفته تلك، كشريك في شركة مفاوضة (الفصل 46 م.ت.).

في حين أنّ الشركة التجاريّة التي يُكتشف بطلانها بعد فترة من بدء مزاولتها لنشاطها فلابدّ من صدور حكم ببطلانها، ومن ثم تصفيتها (ما لم يتم تلافي البطلان)، ويسري البطلان فقط بالنسبة للمستقبل دون أي أثر رجعي، وتعتبر شركة فعليّة في الفترة الواقعة ما بين انعقادها والحكم ببطلانها[1].

ب - الشخصيّة المعنويّة للشركة الفعليّة :

أعطى المشرّع التونسي للشركات التجاريّة الشخصيّة المعنويّة باستثناء شركات المحاصة، حيث نصّ الفصل 14 من المجلة التجاريّة على أنّ : «كل شركة - ما عدا شركة المحاصة - لها الشخصيّة المدنيّة». فهل يكون للشركات الفعليّة شخصيّة معنويّة ؟

إنّ الاجابة على هذا التساؤل تكتسي أهميّة خاصة، على الأقل في التقاضي، فإذا لم نُقرّ لها بالشخصيّة المعنويّة، فكيف تُقام ضدّها الدعاوى أوتطالب هي بحقوقها عند الغير...

---

(1) - جاء في إحدى قرارات محكمة التعقيب أنّه : «طالما ثبت أن الشركة لم تنعقد تلقائياً، بل أشرف على تكوينها إتحاد الصناعة والتجارة، فإنها لا تعدّ من قبيل شركة المحاصّة بل باتت شركة فعليّة...».

- تع. مد. عدد 11049 مؤرّخ في 9 جانفي 1975،ن. مح . تع. 1975، ص 28.

- انظر، تع. إداري عدد 237 تاريخ 14 جويلية 1983، (م.ف.ق.ت.) ، ص 135.

ينصّ الفصل 24 م.ت. على أنّه : «تُعتبر شخصيّة الشركة التجاريّة قائمة بعد انحلالها في مدة التصفية ولضرورة إنجازها فحسب»[1].

المُلاحظ من هذا الفصل أنّ المشرّع التونسي افترض استمرار الشخصيّة المعنويّة للشركة القانونيّة إذا انحلّت، وذلك افتراضياً لضرورة انجاز تصفيتها. فهل يمكن تعميم هذا الحلّ على الشركات التي نشأت باطلة أصلاً، ومارست نشاطها كشركة فعليّة ؟

في الواقع إن مبرر وجود الفصل 24 من المجلة التجاريّة هو الضرورة، وهو نفس مبرّر وجود نظريّة الشركة الفعليّة. فكلاهما يفترض استمرار وجود الشركة في فترة التصفية، إلا أنّ الشركة الفعليّة تسحب وجودها على مرحلة ما قبل الكشف عن بطلانها لعدم المسّ من حقوق المتعاملين معها حَسني النيّة الذين اعتقدوا بوجود هذه الشركة وجوداً قانونياً.

وبالتالي فإنّه من المنطقي القبول بوجود الشخصيّة المعنويّة للشركة الفعليّة افتراضياً، وعدم ترك الفرصة للشركاء بالاحتجاج ضد الغير ببطلان الشركة وإضاعة حقوقهم. وهذا الاتجاه أخذ به المشرّع التّونسي بالنسبة للشركات خفيّة الاسم بصورة صريحة في الفصل 62 م.ت. الذي ينصّ على أنّه : «تبطل الشركة خفيّة الاسم ويبطل كل أثر ناتج عنها بالنسبة لذوي الشأن، إذا لم تراع القواعد المبيّنة بالفصول 48 إلى 61 المذكورة أعلاه، فيما خلا الصورة المنصوص عليها بالفقرة الأخيرة من الفصل 59 المتقدم.

على أنّه لا يجوز للشركاء الاحتجاج بهذا البطلان على غيرهم».

وحبذا لو أن المشرّع عمّم حكم هذا الفصل بنصّ صريح، يشمل جميع أنواع الشركات للتأكيد على وجود الشركة التجاريّة الباطلة، وهو افتراض مفيد جداً على الأقلّ فيما يتعلّق بحماية حقوق الغير.

وإذا كان وجود الشركة الفعليّة محققاً فكيف تكون تجاريّة صفقاتها ؟

---

(1) – انظر، تع. جز. عدد 19166 مؤرّخ في 18 فيفري 1987، ن.مح.تع. 1987، ص 234، (منشور ايضاً في قت. جانفي 1989، ص97).

– أيضاً، حكم استئنافي مدني عدد 23531 مؤرّخ في 25 اكتوبر 1995، قت. نوفمبر 1995، ص 77.

ثانياً - تجاريّة صفقات الشركة الفعليّة :

قبل التعرّف على مدى انطباق القانون التجاري على العمليات المُجراة من طرف شركة فعليّة (ب)، لا بأس من التحرّي عن صفة التاجر لهذه الشركات(أ).

أ - الشركة الفعليّة وصفة التاجر:

في هذه المسألة جانبان الأول يتعلق بالشركة نفسها، والثاني يتعلّق بالشركاء.

1- الشركة الفعليّة تاجر واقعي : إذا كانت الشركة التجاريّة السليمة من العيوب تكتسب صفة التاجر كاملة من خلال توفّر معيار الشكل أوالموضوع، على معنى الفصل 15 م.ت. فما مدى امكانيّة منح صفة التاجر للشركة الفعليّة ؟

وبمعنى آخر ما مدى اعتبار الشركة الفعليّة تاجرة بالمعنى القانوني ؟

في الحقيقة يمكن مقاربة الوضعيّة القانونيّة للشركة الفعليّة بالتاجر المعتاد، الذي يمارس التجارة دون التقيّد بضوابط الحِرفة التجاريّة، لأن كليهما يمارس التجارة على هامش المشروعيّة، وبالتالي يمكن اعتبار الشركة الفعليّة أيضاً تاجراً واقعياً استناداً إلى الحجج التالية :

- إذا كانت الشركة الفعليّة ليس لها وجود قانوني سليم، فانها موجودة واقعياً ومارست التجارة فعلياً كما لو أنها غير مُعيبة، وترتبت في ذمّتها للغير حقوق. وعدم القبول بصفتها كشركة[1] لا يترك للمتعاملين معها مجالاً لتحديد هوية مدينهم والمطالبة بحقوقهم المترتّبة لهم[2] ومن المنطقي النظر إليها كتاجر واقعي ، خاصة أنه تتوفّر فيها الأركان الجوهريّة لعقد الشركة، كالحصص ونيّة الاشتراك وغير ذلك....

---

(1) - انظر ، قرار استئنافي عدد 26582 مؤرّخ في 18 ماي 1966، قت. عدد 6 ، 7 لسنة 1969، ص 98،(م.ف.ق.ت.)، ص 135.

(2) - انظر ، تع. مد. عدد 3895 مؤرخ في 5 أكتوبر 1981، ن. مح. تع. 1981، ج. 3، ص 98.

- إنّ قبول الشركة الفعليّة كتاجر واقعي يمكّن من تطبيق الأحكام الخاصة بالتجار عليها - كالإفلاس مثلاً - فإذا لم يكن لها صفة التاجر فلا يجوز تطبيق هذه الأحكام عليها.

- إنّ تصفية الشركة الفعليّة يتم وفق مضمون عقد الشركة أو نظامها الأساسي، كما لو كانت شركة قانونيّة، ومن المنطقي افتراض قيام شخصيّتها واستمرارها بالقدر اللازم للتصفية. فالشركة الفعليّة وفق رأي الأستاذ جونتان JEANTIN هي : «تقنية تمكّن من تصفية الشركة التي أبطلت بحكم قضائي، ولكن بدون أن يكون لهذا الإبطال أثر رجعي»[1].

2 - الشركاء وصفة التاجر : رأينا أن بعض الشركاء في الشركات القانونيّة يكتسبون صفة التاجر بمجرّد دخولهم في الشركة التجاريّة، كالشريك في شركة المفاوضة (فصل 28 م.ت.) والشركاء المقارضين بالعمل في شركات المقارضة (فصل 140 م.ت) والشريك في شركة المحاصة إذا انكشفت صفته تلك للغير (فصل 46 م.ت) والرئيس المدير العام في الشركة خفيّة الاسم (فصل 73 م.ت.).

فهل يكتسب هؤلاء الشركاء هذه الصفة في الشركة الفعليّة ؟

من المؤكّد عدم إعطاء صفة التاجر كاملة للشركاء في شركة فعليّة، لأن الشركة نفسها لم تحصل على هذه الصفة. أما وقد قبلنا باعتبار الشركة الفعليّة تاجراً واقعياً وتكتسب صفة التاجر ناقصة، وتخضع للقانون التجاري على هذا الأساس، فيمكن تبعياً إعطاء صفة التاجر ناقصة للشركاء الذين يمنحهم القانون صفة التاجر في الشركات القانونيّة أو النظاميّة (sociétés régulières)[2].

---

(1) - M. JEANTIN, Droit des sociétés , 2è . éd., Montchrestien, Paris, 1992, p. 79.

(2) - يُطلق المشرّع الإيطالي على الشركة الفعليّة اسم (الشركة غير النظاميّة Société irrégulière) ويطلق عليها البعض اسم (الشركة المَعيبة). وبعض الفقه الفرنسي أطلق عليها اسم (الشركة القانونيّة المعطوبة Société de droit dégénérée).

أما الشركة السليمة فيمكن أن يُطلق عليها بالمقابل اسم (الشركة النظاميّة Société régulière) أو (الشركة القانونية Société de droit) أو (الشركة غير المعيبة).

- انظر، مفلح عواد القضاة، مرجع سابق، ص 109.

وقد جاء في قرار تعقيبي إداري صادر في 7 جوان 1979 أنّ : «الشركاء المتركّبة منهم الشركة الفعليّة تجار في حدّ ذاتهم لا أجراء...»[1].

وقد ألزم المشرّع التونسي هذا النّوع من الشركاء بالتسجيل في السجلّ التجاري. وذلك بالفصل الثاني من قانون 2 ماي 1995 المتعلّق بالسجلّ التجاري إذ ينصّ على أنّه : «يمسك بكل محكمة ابتدائية سجل تجاري محلي يسجّل فيه بمقتضى تصريح ما يلي :

1- الذوات الطبيعيّة التي لها صفة التاجر على معنى المجلة التجاريّة، وكذلك الذّوات الطبيعيّة التي تباشر نشاطاً تحت اسم شركة فعليّة وتتوفّر فيها صفة التاجر...».

فإذا كانت الشركة الفعليّة متفصّية من واجباتها الإشهاريّة، فعلى الأقل يقوم الشركاء فيها بالتسجيل في السجل التجاري إذا كانت لهم صفة التاجر. وإلا فإنهم معرّضون للعقوبات الواردة بالفصل 68 من قانون السجلّ التجاري.

ب - تطبيق أحكام القانون التجاري على الشركة الفعليّة :

يتعلّق الأمر بالعلاقات فيما بين الشركاء من جهة، وبالعلاقات مع الغير من جهة أخرى .

1- العلاقات فيما بين الشركاء :

إن الاعتراف بوجود الشركة الفعليّة يفترض الاعتراف بصحّة الأعمال والتصرّفات التي يجريها الشركاء واعتبارها نافذة فيما بينهم. وهو ما أخذ به القضاء التونسي في حكم صادر عن المحكمة الابتدائيّة بتونس، إذ جاء فيه : «إن عدم القيام بموجبات الإشهار القانونيّة يترتب عنه بطلان الشركة، ويحقّ لكل ذي مصلحة التمسّك به - فيما عدا الشركة تجاه الغير. على أن هذا العيب لا يمنع من اعتبار هذه الشركة من قبيل الشركات الفعليّة والأخذ بنيّة الشركاء واعتبار الأعمال التي قاموا بها نافذة فيما بينهم...»[2].

---

(1) - تع. إداري ، قضية عدد 56 تاريخ 7 جوان 1979، مج. قر. إداريّة 1980، ص 153، (م.ف.ق.ت.)، ص 134.

(2) - حكم مدني عدد 6912 مؤرّخ في 6 فيفري 1973 ، (م.ف.ق.ت.) ، ص 134.

وإذا كانت الشركة تجاريّة فإنها تخضع لأحكام القانون التجاري كما لو كانت صحيحة، بالنسبة للأعمال التي تجرى باسمها، ولا يحقّ للشركاء التمسّك ببطلانها . والبطلان يبدأ من تاريخ صدور الحكم به فحسب، ولكن يجوز بعد صدور الحكم بالبطلان إجراء التصرّفات الضروريّة والعمليات اللازمة لأعمال المتصفية[1].

2- **العلاقات مع الغير** : يحق لكل ذي مصلحة التمسّك ببطلان الشركة الفعليّة -عدا الشركاء- وبالتالي لا يمكن للشركاء التفصي من الالتزامات المترتبة على عاتقهم للغير حسن النيّة، الذي تعامل مع الشركة دون العلم ببطلانها وفي هذا حماية للظاهر.

وقد أكّدت محكمة التعقيب بإحدى قرارتها أنّ الشركة التجاريّة مسؤولة تجاه الغير قبل إشهارها بالرائد الرسمي وقيامها قبل ذلك بواسطة عمالها ولفائدتها بما حصل منه ضرر للغير يرتّب عليها مسؤوليّة مباشرة، فقد جاء في إحدى حيثيات هذا القرار أنّه :«وإن اقتضت الفصول من 177 إلى 179 من المجلة التجاريّة أن الشركات التجاريّة لا تعتبر صحيحة الوجود قانوناً إلا بإشهار قانونها الأساسي بالرائد الرسمي، فإنّ تنصيص الفصل 180 من المجلّة المذكورة على أنّه لا يجوز للشركاء التمسّك تجاه غيرهم بسبب هذا البطلان (أي عدم الإشهار) يؤخذ منه أن ما يصدر من مؤسسي الشركة تجاه الغير يلزمها قبل إشهارها وبعده...»[2].

وحق الغير بالتمسك بوجود الشركة التجاريّة الفعليّة مضمون بالفصل 16 من المجلة التجاريّة الذي أجاز لهم اثباتها بكل الوسائل، إذ تنصّ الفقرة الثانية من هذا الفصل على أنّه : « ... ويجوز لغير الشركاء عند الاقتضاء أن يُثبتوا بكل الوسائل وجود الشركة...».

كما أن الفصل 62 م.ت. المتعلّق بالشركات خفيّة الاسم اقتضى في الفقرة الأخيرة منه عدم جواز الاحتجاج من قبل الشركاء ببطلان الشركة تجاه الغير، إذا

---

(1) – انظر ، تع. مد. عدد 6774 تاريخ 8 ديسمبر 1982، ن.مح.تع. 1982، ج. 4، ص 154.

(2) – تع. مد. عدد 3895 مؤرّخ في 5 أكتوبر 1981، ن. مح. تع. 1981 ، ج. 3، ص 99.

كان البطلان ناشئاً عن الإخلال بقواعد التأسيس. وبنفس المعنى جاء الفصل 156 م.ت. فيما يخصّ الشركة ذات المسؤوليّة المحدودة.

وبناءً على ذلك يمكن طلب إخضاع الشركة التجاريّة الفعليّة للإفلاس مثلاً، أو للضرائب التجاريّة (الفصول 4 و 45 من مجلة الضريبة على دخل الأشخاص الطبيعيين والضريبة على الشركات)[1].

وبالتالي فإن المشرّع التونسي قد أجاز تلافي بطلان الشركة التجاريّة الناشيء عن عدم مراعاة إجراءات الإشهار (فصل 180 م.ت)، وهو ما أكّده القرار التعقيبي المؤرّخ في 24 جوان 1985 إذ جاء فيه أنّ : «عدم احترام قواعد الإشهار يؤدي إلى بطلان الشركة بطلاناً نسبياً لوجود امكانية تداركه قبل أو أثناء القيام بقضيّة في إبطال الشركة...»[2].

وبتلافي البطلان تنقلب الشركة من شركة فعليّة إلى شركة قانونيّة، ويمكنها الاستمرار بنشاطها بعد أن كانت مهدّدة بالانقضاء، وتكتمل صفة التاجر الناقصة لتصبح تاجراً بالمعنى القانوني الكامل.

على أن الصفقات لا تقتصر على الأفراد أو الشركات بل قد يقوم بعض الأشخاص المعنويّة بصفقات وعمليات تكتسي صبغة تجاريّة أحياناً.

---

(1) – قانون عدد 114 مؤرخ في 30 ديسمبر 1989، رائد رسمي. عدد 1 مؤرّخ في 2 – 5 جانفي 1990، ص 3.

(2) – تع. مد. عدد 13566 مؤرخ في 24 جوان 1985، ن. مح. تع. 1985 ج. 2. ص 159، (م.ف.ق.ت.)، ص 133.

الفقرة الثانية : صفقات باقي الأشخاص المعنويّة

إلى جانب الشركات التي تمارس التجارة كنشاط رئيس لها، توجد مؤسّسات قد تُمارس التجارة بصورة مُبطّنة و تَعقد صفقات تجاريّة دون أن تكون لها صفة التاجر، أو تُعامل معاملة التجّار رغم عدم قيامها فعلياً بنشاط تجاري.

فهل يمكن إضفاء الصبغة التجاريّة على العمليّات التي تقوم بها، وإخضاعها للقانون التجاري بقطع النّظر عن اكتساب القائم بها صفة التاجر ؟
سنتكفي هنا بدراسة صفقات الجمعيات (أولاً)، وعمليات المجامع المهنيّة المشتركة (ثانياً).

أولاً - صفقـــات الجمعيّـــات :

قبل التعرّض لتجاريّة صفقات الجمعيّة (ب)، يتعيّن تمييزها من الشركة وبيان الفروق بينهما (أ).

أ - تمييـــز الجمعيّـــة عن الشركـــة :

. تتشابه الجمعيّة (Association) مع الشركة في كثير من الوجوه، إذ إنّ كلتيهما ضرب من النشاط الجماعي يجعل كلاّ منهما هيئة أشخاص منظمّة (Groupement humain) ، إلا أنّ الجمعيّة تختلف عن الشركة في الهدف الذي أنشئت من أجله كلٌ منهما ، فالجمعيّة تنشأ بهدف اجتماعي أو ديني أو علمي أو رياضي أو تعاوني وغير ذلك، في حين أن الهدف الأساسي لإنشاء الشركة هو تحقيق الأرباح والمضاربة[1].

فمعيار غاية تحقيق الربح هو المعيار الأساسي في التفرقة بين الجمعيّة والشركة، وهو ما أكّده الفصل الأول من القانون المتعلق بالجمعيّات[2] الذي عَرّف الجمعيّة بكونها :«الاتفاقيّة التي يحصل بمقتضاها بين شخصين أو أكثر جمع

---

(1) – انظر، شكري أحمد السباعي، مرجع سابق، ج. 5، ص 307 وماب.

(2) – القانون عدد 154 مؤرّخ في 7 نوفمبر 1959، رائد رسمي. عدد 63 مؤرّخ في 22 ديسمبر 1959، ص 2020 ، (مجموعة النصوص المتعلقة بالتنظيم السياسي والحُريّات العامة)، المطبعة الرسميّة، 1989، ص 93.

معلوماتهم أو نشاطهم بصفة دائمة ولغايات دون الغايات الماديّة التي تُغنَم من ورائها الأرباح.

وتخضع الجمعيّات في تأسيسها للمبادئ العامة في المعاملات والعقود المدنيّة» [1].

وقد أضيفت لهذا الفصل عدّة فقرات بموجب القانون عدد 25 لسنة 1992 [2] ، وأهمّها ما ورد بالفقرة الأولى من هذه الاضافة، إذ تعرّضت لأنواع الجمعيات وأصنافها ناصّة على أنّه : «وتخضع أيضاً الجمعيات حسب نشاطها وغاياتها إلى التصنيف التالي :

- الجمعيات النسائيّة .
- الجمعيات الرياضيّة .
- الجمعيات العلميّة .
- الجمعيات الثقافيّة والفنيّة .
- الجمعيات الخيريّة والإسعافيّة والإجتماعيّة .
- الجمعيات التنمويّة .
- الجمعيات الوداديّة .
- الجمعيات ذات الصبغة العامّة...».

. ومبدئيّاً لا تتعاطى الجمعيّات التجارة، إلا أنّ بعض الصفقات التي تجريها تثير إشكالاً في التطبيق.

ب - تجاريّة صفقات الجمعيّة :

الأصل أنّ الجمعيّات لا تكتسب صفة التاجر ولو قامت ببعض الصفقات والعمليات التجاريّة، لأن نشاطها مدني لا يهدف إلى تحقيق الأرباح والمضاربة، ولكن عملياً نجد بعض الجمعيّات تمارس الأنشطة التجاريّة بصورة كبيرة لدرجة قد تطغى على النشاط الجمعياتي الأصلي، فهل يبقى نشاطها مدنياً ؟

للإجابة عن هذا التساؤل نلاحظ وجود وضعيّتين : الأولى حالة التستر خلف تسميّة جمعيّة، والثانية اعتياد القيام بعمليات تجاريّة.

---

(1) - انظر، عبد الله الأحمدي، حقوق الانسان والحريّات العامة في القانون التونسي، أوربيس للطباعة والنشر، تونس ، 1993، ص 211 وماب.

(2) - القانون الأساسي عدد 25 مؤرّخ في 2 أفريل 1992 المتعلق بإتمام قانون الجمعيّات ، رائد رسمي. عدد 21 مؤرّخ في 3 و 7 أفريل 1992، ص 404.

1- التستّر خلف تسميّة جمعيّة : في هذه الوضعيّة تكون المؤسسة أقرب في حقيقتها وجوهرها إلى الشركة، رغم أنّها تحمل اسم جمعيّة، حيث يكون النشاط الرئيس لها هو القيام بأعمال تجاريّة، مثلاً : إذا قامت جمعيّة تعاونيّة لبيع المواد الاستهلاكيّة بالتوسّع بأعمالها، وأصبحت تبيع للأعضاء ولغيرهم، ولاتكتفي بسعر التكلفة وتحقق أرباحاً كبيرة، فإنّها تفقد الجانب التعاوني وتصبح أعمالها تجاريّة، لتوافر جميع شروط العمل التجاري[1].

ولنأخذ مثالاً آخر يتعلق بالجمعيّات الرياضيّة، فلو قبلنا بإبعادها عن القانون التجاري سابقاً، فإنّها في الوقت الحاضر قد تضخم نشاطها في كثير من الحالات، إذ تقوم الكثير من هذه الجمعيّات بالمضاربة على اللاّعبين، وتدفع لهم مبالغ طائلة لاجتذابهم بهدف تحقيق الأرباح من المباريات التي تنظمها، فهل نبقى متمسّكين بالصبغة الجمعياتيّة المدنيّة.

يبدو أنّه من المتحتم تطبيق القانون التجاري على هذه الجمعيّات، لأن العبرة بالمقاصد[2] لا بالتسميات، والنشاط الرئيس هنا أصبح قائماً على المضاربة وقصد الربح وليس مجرّد التنشيط الرياضي.

2 - اعتياد القيام بعمليّات تجاريّة :

في هذه الوضعية يكون النشاط التجاري أقلّ وضوحاً من الحالة السابقة، فالجمعيّة ملتزمة بأهدافها وتمارس نشاطاً جمعياتياً، إلا أنّها تقوم من حين لآخر بتنظيم تظاهرات وأنشطة فيها روح المضاربة وقصد الربح، فمتى يمكننا تطبيق القانون التجاري على هذه التظاهرات والعمليّات ؟

يبدو هنا أن الفصل الثالث من المجلة التجاريّة ممكن التطبيق، فإذا ما تكرّرت هذه التظاهرات والعمليّات إلى درجة الاعتياد فإنّها تدخل تحت طائلة القانون التجاري.

فلو قامت جمعيّة تربية خيول بتنظيم مسابقات بصورة معتادة بهدف جني الأرباح، فإن هذه المسابقات تعدّ عمليات تجاريّة تخضع لأحكام الفصل 3 من المجلة التجاريّة.

أمّا إذا كانت تقوم بهذه العمليات بصورة متفرّقة ومتباعدة، فإنّها تبقى مدنيّة حتى لوتحقّقت منها بعض الأرباح، لأنها لم تُمارَس بصورة معتادة.

---

(1) - انظر، سميحة القليوبي، الموجز في القانون التجاري، مرجع سابق، ج. 1، ص 67، 68.

(2) - انظر، أحمد شكري السباعي، مرجع سابق، ج. 5، ط. 1992، ص 307 و 308.

ثانياً - عمليّات المجامع المهنيّة المُشتركة :

ظهرت كيانات مهنيّة تهتم ببعض القطاعات الاقتصاديّة، يُطلق عليها اسم المجامع المهنيّة المشتركة (أ) ، ورغم عدم قيامها بنشاط اقتصادي بصورة مباشرة فإنّ أعمالها قد تكتسي الصبغة التجاريّة (ب) .

أ - مفهوم المجامع المهنيّة المشتركة :

يتّضح مفهوم المجامع المهنيّة المشتركة من خلال التّعريف بها، ومعرفة شروط نشوئها وطرق إحداثها .

1- **التعريف بالمجمّع المهني المشترك** : نصّ الفصل الأول من القانون عدد 84 لسنة 1993 المتعلق بالمجامع المهنيّة المشتركة في قطاع الفلاحة والصناعات الغذائيّة[1] على أنّها : «...ذوات معنويّة ذات مصلحة اقتصاديّة عموميّة تتمتّع بالشخصيّة المدنيّة والاستقلال المالي.

ويُعتبر منخرطين في هذه المجامع وينتفع بخدماتها الأشخاص الماديّون والمعنويّون الذين لهم صفة المنتجين الفلاحيّين أو المُحوّلين أو المُصدّرين للمنتوجات الفلاحيّة أو منتوجات الصناعات الغذائيّة».

من هذا التعريف يمكن رسم صورة هذه المجامع وخصائصها :

- المجامع المهنيّة المشتركة هي أشخاص معنوية تتمتع بالشخصيّة المدنيّة والاستقلال المالي.
- المجامع المهنية المشتركة تعتبر ذات مصلحة اقتصاديّة عموميّة .
- تهتمّ المجامع المهنيّة المشتركة خصوصاً بالقطاع الفلاحي والصناعات الغذائيّة .
- يعتبر منخرطاً بالمجامع المهنيّة المشتركة كل من له صفة مُنتج فلاحي أومُحوّل أو مصدّر للمنتوجات الفلاحيّة أو منتوجات الصناعات الغذائيّة، سواء كان شخصاً طبيعياً أو شخصاً معنوياً.

---

(1) - قانون عدد 84 مؤرّخ في 26 جويلية 1993، رائد رسمي. عدد 56 مؤرّخ في 30 جويلية 1993، ص 1076.

2 - إحداث المجامع المهنيّة المشتركة :

ينصّ الفصل الثاني من القانون عدد 84 لسنة 1993 على أنّ هذه المجامع تُحدث بمبادرة من المنظمات أو الجمعيّات المهنيّة التي تهتمّ بالمنتجين الفلاحيين أو المحوّلين أو المصدّرين لمنتوجات الفلاحة والصناعات الغذائيّة. ويخضع إحداث كل مجمع إلى ترخيص مسبّق من وزير الفلاحة (فصل 3 من قانون المجامع المهنيّة المشتركة).

وتضبط المهامّ الخصوصيّة لكل مجمع وتنظيمه الإداري والمالي واجراءات مراقبته بمقتضى نظام أساسي، وهو ما فرضه الفصل الرابع من نفس القانون ، ويتعيّن أن تتطابق الأنظمة الأساسيّة لهذه المجامع للنظام الأساسي النموذجي الذي يضبط بأمر يصدر باقتراح من وزير الفلاحة بعد استشارة المنظّمات والجمعيّات المهنيّة [1] ، وهو ما جاء بالفصل الخامس من قانون (المجامع المهنيّة المشتركة ...) لعام 1993.

يدير المجمع مجلس إدارة يتكون ربع أعضائه من ممثّلي الإدارة والبقيّة من ممثّلي المنظمات والجمعيّات المهنيّة المعنيّة (فصل 8 من نفس القانون).

ومن الأمثلة على المجامع المهنيّة المشتركة في تونس نذكر :

- مجمع صناعات المصبّرات الغذائيّة.
- المجمع المهني المشترك للقوارص والغلال.
- المجمع المهني المشترك للخضر.
- المجمع المهني المشترك للتمور.
- المجمع المهني المشترك للدّواجن[2].

وتنتفع المجامع المهنيّة المشتركة بالنظام الجبائي الخاص بالدّولة، فيما يتعلق بالتوظيف والاستخلاص (فصل 13 من القانون المذكور).

---

(1) - صدر النظام الأساسي النموذجي لمجمع مهني مشترك، ونشر بالرائد الرسمي. عدد 44 المؤرّخ في 7 جوان 1994 ، ص 1020.

(2) - انظر، الفصل 16 من قانون المجامع المهنيّة المشتركة في قطاع الفلاحة والصناعات الغذائيّة.
- أيضاً، الفصل 18 من نفس القانون، الذي فرض على هذه المجامع مطابقة نظامها الأساسي مع النظام الأساسي النموذجي للمجامع المهنيّة المشتركة.

ب - تجاريّة أعمال المجامع المهنيّة المشتركة :

قبل التعرّض للصبغة التجاريّة لأعمال المجامع المهنيّة، لابدّ من التعرّف على هذه الأعمال :

1- تحديد أعمال المجامع :

يبدو أن الغاية من إنشاء المجامع المهنيّة المشتركة ليست ممارسة أنشطة اقتصادية انتاجيّة، بل تقديم الخدمات للمنتفعين بها، لأنّ الفصل 3 من قانون المجامع المهنيّة لسنة 1993 ينصّ على أنّه : «تحدث المجامع بدون رأس مال، ولاينجرّ عن نشاطها توزيع مرابيح...».

- وقد عدّد الفصل السابع من نفس القانون أهم المهامّ التي تقوم بها هذه المجامع، إذ ينصّ على أنّه : «تضطلع المجامع إلى جانب مهامها الخصوصيّة المضبوطة بمقتضى أنظمتها الأساسية خاصّة بالمهام التالية :

1- المساهمة في ربط مختلف الحلقات التي تمرّ بها المنتوجات .

2- مساعدة المهنيّين على إدماج التطوّر العلمي والتكنولوجي بحقل نشاطهم ومنشآتهم بقصد الزيادة في الانتاج وتحسينه وتنويعه، مع المحافظة على البيئة بترشيد استعمال الموارد.

3- المساهمة في تحسين الجودة والنهوض بالتحويل والتكييف والتصدير، وذلك بالتعاون مع الهياكل المعنيّة.

4- المساهمة في تطوير الإنتاج وتزويد الأسواق وترشيد سوق المنتوجات بالتدخّل عند الضرورة لتفادي اختلال العرض والطلب.

5- تيسير التشاور بين المهنيّين العاملين في القطاع المهني وبين الإدارة للعمل سوياً لبلوغ الأهداف موضوع المهامّ اعلاه.

ولتحقيق أهدافها فإن المجامع مدعوة إلى :

- اقتراح على السلط العموميّة، كلّ الإجراءات التي تعتبر من الملائم اتّخاذها لصالح القطاع.
- تجميع وتحليل ونشر كل المعطيات الإحصائيّة والفنيّة والاقتصاديّة المتعلّقة بالإنتاج والتحويل والإتجار والتسويق.
- القيام بكل عمليّة إنشاء مخزون لضمان التزويد وخزن فوائض الإنتاج.
- المساهمة عند الضرورة في تزويد القطاع بالمدخلات والخدمات.
- وبصورة عامة إنجاز كل الأعمال الاخرى التي يقع ضبطها بالنسبة لكل مجمع ضمن نظامه الأساسي».

2 - الصبغة التجاريّة لأعمال المجامع المهنيّة :

رغم أنّ المجامع المهنيّة المشتركة لاتقوم مباشرة بنشاط تجاري من الأنشطة المحدّدة في الفصل الثاني من المجلة التجاريّة، ورغم أنّ الكثير منها متخصّص بالميدان الفلاحي، إلا أنّ المُشرّع التونسي أخضع هذه المجامع للمجلّة التجاريّة وعاملها معاملة التجّار، باستثناء الأحكام التي تمس بهيبة الدّولة أوالأحكام المتعارضة مع القانون الخاصّ بهذه المجامع. حيث ينصّ الفصل الرابع من هذا القانون على أنّه : «تخضع المجامع إلى أحكام المجلّة التجاريّة فيما عدا مايتعلّق منها بالتفليس وبالصّلح الاحتياطي[1]، وفي حدود ما لا يتعارض منها وأحكام هذا القانون ».

كما فرض المشرّع على هذه المجامع التسجيل في السجلّ التجاري حيث ينصّ الفصل السادس من القانون عدد 84 لسنة 1993 على أنّه :«تخضع المجامع إلى اجراءات التسجيل بالسجلّ التجاري ، ويجب لهذا الغرض إيداع نسخة من النظام الأساسي مصحوبة بترخيص وزير الفلاحة المسبّق لكتابة المحكمة التي بدائرتها المقرّ الرئيسي للمجمع.

وتتولّى إحدى المنظّمات أو الجمعيّات المهنيّة المبادرة بطلب إحداث المجمع القيام بجميع الإجراءات الإداريّة والقضائيّة التي يقتضيها تكوينه».

الملاحظ أنّ المشرّع التونسي يؤكّد من حين لآخر توجّهاته في إدخال أكبر عدد ممكن من المؤسّسات تحت طائلة أحكام القانون التجاري، فالمجمّعات تعتبر من التجار وتخضع أعمالها لأحكام القانون التجاري رغم عدم ممارستها لنشاط تجاري مباشر، وعاملها كما لو كانت من المؤسسات العموميّة ذات الصبغة الصناعيّة والتجاريّة حيث حماها من أحكام الإفلاس والعقوبات التي يخضع لها التجّار.

والصفقات التجاريّة التي يجريها التجار المحترفون أو المعتادون ليست وحدها المعتبرة أعمالاً تجاريّة، فإلى جانب هذه الأعمال التجاريّة الأصليّة قد يقوم التجار أو غيرهم بعمليات مدنيّة أساساً، وتنقلب إلى أعمال تجاريّة بالتبعيّة لارتباطها بالنّشاط التجاري.

---

(1) - أُلغي نظام الصلح الاحتياطي بموجب الفصل الثاني من القانون عدد 35 لسنة 1995 المتعلق بإتمام وتنقيح بعض الأحكام من المجلة التجاريّة.

الباب الثّـانـــي

الأعمال التجاريّة بالتبعيّة

بين الأعمال التجاريّة بطبيعتها والأعمال المدنيّة بطبيعتها، توجد بعض الأفعال والأعمال القانونيّة ذات الطابع المدني أصلاً وتكون متّصلة اتّصالاً وثيقاً بالعمل التّجاري ومرتبطة بحاجات التّجارة ، بحيث تكملها أوتسهّل مباشرتها، فتُعتبر لذلك أعمالاً تجاريّة بالتّبعيّة[1] أو بالارتباط[2] (Actes de commerce par accessoire ou par relation) .

ومن هذه الأعمال والأفعال ما يرتبط بشخص التّاجر، فتعتبر هذه التبعيّة شخصيّة (فصل أوّل)، ومنها ما لا يهتمّ بصفة القائم بها سواء كان تاجراً أم لا، وتتبع العمل التّجاري ذاته، فتعتبر موضوعيّة (فصل ثانٍ).

---

(1) – حافظ محمد ابراهيم ، القانون التّجاري العراقي ، مرجع سابق ، ص 118.

(2) - Louis DUCHANGE, Des actes de commerce par relation, Thèse pour Doctorat, Univ. Paris, Fac. Dr. , 1900, Éd. Librairie nouvelle de Droit et de jurisprudence, Paris, 1900, p. 4 et suiv.

الفصل الأول

التبعيّة الشخصيّة

تفرّعت نظريّة التبعيّة التجاريّة عن نظريّة التجاريّة الشخصيّة Conception subjective ، التي تَعتبر القانون التّجاري قانون التجّار، والتي تعطي الصّفة التجاريّة للأعمال التي يقومون بها لحاجات تجارتهم[1].

وقد ابتدع القضاء – مؤيّداً بالفقه – نظريّة التبعيّة التجاريّة (مبحث أول) لاعتبارات عمليّة ومنطقيّة[2]، وكرّستها أغلب التّشريعات بنصوص صريحة .

وبعد أن استقرّت هذه النظريّة في التّطبيق العملي، اتّسع نطاقها ليشمل ميادينَ كثيرة (مبحث ثان).

---

(1) – أحمد المحمود ، الأعمال التجاريّة والتجّار ، مرجع سابق ، ص 176.

(2) – فريد مشرقي ، مرجع سابق ، ص 66.

المبحث الأول : نظريّة التجاريّة بالتبعيّة

لقد تمّ تكريس نظريّة التبعيّة منذ أمدٍ بعيدٍ Théorie de l'accessoire (فقرة أولى)، ولابدّ من توفّر بعض الشّروط لتطبيقها (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى : تكريس نظريّة التجاريّة بالتبعيّة

بعد عرض النظريّة (أوّلاً)، يتعيّن التعرّف على أساسها (ثانياً).

أوّلاً - عرض النظريّة :

أقام المشرّع التونسي قرينة قانونيّة على الصبغة التجاريّة لأعمال التاجر وأفعاله إلى أن يثبت العكس (ب) ، وقبل دراسة قرينة التجاريّة يتوجّب بيان مفهوم التجاريّة بالتبعيّة (أ).

أ - مفهوم التجاريّة بالتبعيّة الشخصيّة :

لاحظنا وجود عدّة أصناف للأعمال التجاريّة (بالاحتراف أو بالاعتياد أوبالشكل...)، وهي أعمال حدّدها المشرّع اعتماداً على معايير وضوابط استقرّ الفقه على تكريسها لتقرير صبغتها التجاريّة (كالمضاربة والتوسّط والتّداول...).

أضاف فقه القضاء - وأيّده الفقه - إلى هذه الأصناف صنفاً آخر من الأعمال المدنيّة أصلاً ولكنّها تستعير الصّبغة التجاريّة من صفة القائم بها ، وأطلق عليها اسم الأعمال التجاريّة بالتبعيّة ، لارتباطها بصفة التّاجر . وبدون ذلك فإنّها تبقى مدنيّة وتخضع للقانون المدني .

وقد استساغت تشريعات عديدة هذه النظريّة وكرّستها في نصوص قانونيّة صريحة ، من ذلك ما جاء بالفصل الثّامن من القانون التّجاري اللّبناني الذي ينصّ على أنّ : «جميع الأعمال التي يقوم بها التّاجر لحاجات تجارته تعدّ تجاريّة أيضاً في نظر القانون...». ونفس هذا النصّ مُدرج حرفيّاً في الفقرة الأولى من الفصل الثّامن من قانون التّجارة السوري .

أمّا الفصل الرّابع من المجلّة التجاريّة التونسيّة فقد نصّ على أنّه : «تكون خاضعة لأحكام هذا القانون الأفعال والأعمال القانونيّة التّابعة لممارسة التّجارة.
وتعتبر جميع الأفعال والأعمال التي يقوم بها التّاجر كما سبق تعريفه بالفصل الثّاني تابعة لممارسة التّجارة ما لم تقم الحجّة على خلافه».

ب - قرينة التجاريّة بالتبعيّة :

القرينة في اللّغة : هي الدّلالة على الشّيء. وهي مأخوذة من المقارنة بمعنى المصاحبة[1] . ويعرّفها الفصل 479 م.إ.ع. بأنّها : «ما يَستدلّ به القانون أوالحاكم على أشياء مجهولة».
وقد أقرّ المشرّع التّونسي قرينة التجاريّة لكلّ أعمال التّاجر ما لم يثبت العكس، فهي قرينة قانونيّة لكنها بسيطة وليست قاطعة.

1 - قرينة قانونيّة :

وفقاً للمبادئ العامّة ، يتوجّب على من يدّعي بتجاريّة عمل ما بالتبعيّة أن يثبت ذلك . إلاّ أنّ المشرّع التّونسي جاء بقرينة قانونيّة[2] مفادُها أنّ جميع الأفعال والأعمال الّتي يقوم بها التّاجر تابعة لتجارته (فصل 4 م.ت.)، فلو اقترض مالاً فإنّ القرض مبدئياً هو عمل تجاري بالتبعيّة استناداً إلى هذه القرينة القانونيّة المقرّرة بالفقرة الثّانية من الفصل الرّابع من المجلّة التجاريّة .

أيضاً لو قام التّاجر بأفعال منافسة غير مشروعة فإنّ هذه الأفعال الإجراميّة تنشىء التزاماً تجارياً، بصراحة الفصل الرّابع من المجلّة التجاريّة. وهنا يمكن القول بوجود (جرائم تجاريّة).

---

(1) - انظر ، درويش عبد المجيد محمد درويش ، القضاء بعلم القاضي وبالقرائن...، مقالة سابقة ، ص 23 وما ب.

(2) - القرينة القانونيّة يستنبطها المشرّع من واقعة معلومة للدّلالة على أمر مجهول. وهي ليست وسيلة إثبات كما هو الحال في القرينة القضائيّة ، ولكن يترتّب على وجودها إعفاء من يتمسّك بها - إذا كانت قاطعة - من إثبات ما يدّعيه، استثناءً من قاعدة (البيّنة على من يدّعي). ونقل عبء الإثبات من المدّعي إلى المدّعى عليه، لإثبات عكس ما قرّرته القرينة إذا كانت بسيطة (غير قاطعة).
- انظر ، رضا المزغنّي، أحكام الإثبات ، معهد الإدارة العامّة ، الرّياض ، 1985 ، ص 307 و308.

2 - قرينة بسيطة :

الملاحظ أنّ القرينة الّتي جاء بها المشرّع التّونسي ليست قرينة قاطعة، بل بسيطة يجوزإثبات عكسها[1]. وهو ما يؤكّده الفصل 4 م.ت في فقرته الثانية التي تنصّ على أنّه : «وتعتبر جميع الأفعال والأعمال التي يقوم بها التّاجر كما سبق تعريفه بالفصل الثّاني تابعة لممارسة التّجارة ما لم تقم الحجّة على خلافه».

فالتّاجر المُقترض مثلاً يستطيع أن يثبت أنّه عقدَ هذا القرض لحاجاته الشخصيّة أو العائليّة ، فتسقط قرينة التجاريّة بالتبعيّة، وبالتّالي يخضع هذا القرض لأحكام القانون المدني . لأنّ الدّين يكون مدنياً وليس تجارياً .

ثانيـاً - أســاس النظريّــة :

لقد قامت نظريّة التجاريّة بالتبعيّة على أساس عملي ومنطقي (أ)، ودُعّمت بأساس قانوني (ب) .

أ - الأســاس المنطقــي :

تقوم فكرة الأعمال التجاريّة بالتبعيّة على اعتبارات عمليّة منطقيّة، تقتضي إسباغ الصّفة التجاريّة على كلّ فعل أو عمل يقوم به التّاجر خدمة لتجارته أو له ارتباط بها، حتى يخضع العمل الأصلي والعمل التّابع لقواعد قانونيّة واحدة، تطبيقاً لمبدأ (الفرع يتبع الأصل L'accessoire suit le principal).

«وهذا التّوحيد للقواعد القانونيّة لأعمال التّاجر يحقّق الحماية للغير الذين يتعاملون مع التّاجر بأيّ صورة من صور التّعامل الّذي تقتضيه ممارسة تجارته، بحيث يخضع هذا التّعامل لنظام قانوني واحد...»[2] . فلا يُتَصوّر أن تخضع بعض أعمال التّاجر لأحكام القانون التّجاري، بينما يحكم بعضها الآخر القانون المدني رغم أنّها أعمال مرتبطة بالأولى أو مسهّلة لها .

---

(1) - انظر ، يوسف محمد المصاروة ، الإثبات بالقرائن في المواد المدنيّة والتجاريّة ، مرجع سابق، ص 63 وما.

(2) - سمير عالية ، مرجع سابق ، ص 103 .

يبدو أنّ الأخذ بنظريّة التبعيّة يؤدّي إلى تفادي عيوب تعداد الأعمال التجاريّة، وإغفال بعض الأعمال الّتي قد تكون سبباً في زيادة أرباح التّاجر أوتنشيط مهنته وتدعيم مركزه التّنافسي[1] .

والجدير بالذّكر أنّه يمكن القياس على نظريّة التجاريّة بالتبعيّة بمفهوم المعاكسة، فتصبح الأعمال ذات الطّبيعة التجاريّة مدنيّةً إذا قام بها شخص يحترف نشاطاً مدنياً تسهيلاً لحِرفته[2] ، كأن يشتري الطّبيب في الأرياف الأدوية ليبيعها لمرضاه .

ب - الأساس القانوني :

تَلقّفَ عديد التّشريعات نظريّة التجاريّة بالتبعيّة وكرّسَتها في نصوص قانونيّة، ولئن كان بعضها غامضاً يحتاج للتّأويل، فإنّ الكثير منها جاءت واضحة وصريحة وخصوصاً الحديثة منها. ومن المستحسن استعراض البعض من هذه النّصوص حسب التّسلسل التّاريخي لصدورها .

1 - في التّشريع الفرنسي :

بالرّجوع إلى الفصل 632 من المجلّة التجاريّة الفرنسيّة الصّادرة سنة 1807 ، نجد أنّه بعد أن عدّد الأعمال التجاريّة بطبيعتها، جعل الفقرتين الأخيرتين منه متمتّعتين ببعض الخصوصيّة[3] ، إذ أنّ الفقرة الأخيرة تتميّز بالطّابع الاستثنائي، لأنّها تمنح الصّبغة التّجاريّة للكمبيالة بصورة مطلقة مهما كان المتعاملون بها (تجاريّة بالشّكل).

أمّا الفقرة ما قبل الأخيرة فهي تتمتّع بالطّابع العام[4] ، وتمنح الصّبغة التجاريّة لكلّ الالتزامات النّاشئة بين التجّار[5].

---

(1) - انظر ، سميحة القليوبي ، الموجز في القانون التّجاري ، مرجع سابق ، ج. 1، ص 95.

(2) - انظر، فريد مشرقي، مرجع سابق، ج. 1، ط. 3، ص 70 و71.

- أيضاً ، سميحة القليوبي، القانون التجاري الكويتي ، مرجع سابق ، ص 119.

(3) - Cf., Louis DUCHANGE, Op. Cit., p. 28 et suiv.

(4) - Jean CALAIS-AULOY, art. préc., mélanges CABRILLAC, p. 39.

(5) - «Toutes obligations entre négociants , marchands et banquiers».

وتعتبر هذه الفقرة الأساس القانوني لنظريّة التبعيّة، لأنّها تعطي الصّبغة التجاريّة لكلّ عمل يُنشيء التزاماً بين تاجرين، وكان هذا العمل يتعلّق بشؤون التّجارة .

المُلاحظ أنّه إذا وقع التمسك بحرفيّة النصّ، فإنّ تطبيق نظريّة التجاريّة بالتّبعيّة في فرنسا لا يكون ممكناً في حالة الأعمال المختلطة، أي الأعمال الّتي يكون أحد طرفيها تاجراً والآخر ليس من التجّار[1].

كما أنّ التّمحيص بهذه الفقرة يؤكّد عدم التّفرقة بين الالتزامات النّاشئة للتّاجر من نشاطه المهني والالتزامات النّاشئة عن الأعمال التّابعة لهذا النّشاط ، فهذه الفقرة تصلح أساساً لتكريس النظريّة الشخصيّة الّتي تجعل من التجّار المحور الأساسي للقانون التّجاري، ولا تبقى ضرورة للتّفرقة بين العمل التّجاري الأصلي الّذي يحترفه التّاجر والأعمال التبعيّة المتعلّقة بممارسة المهنة التجاريّة.

ومن جهة أخرى فإنّ الفصل 631 من المجلّة التجاريّة الفرنسيّة جعل المحاكم التّجاريّة هي المختصّة بالنّظر في كلّ النّزاعات المتعلّقة بالالتزامات النّاشئة بين التجّار . وهذا يؤيّد الأساس القانوني لنظريّة التجاريّة بالتبعيّة بصورة عامّة. في حين أنّ الفصل 638 من نفس المجلّة اعتبر في فقرته الثّانية جميع السّندات والأوراق الّتي يحرّرها التّاجر قد انشئت من أجل تجارته. أمّا الفقرة الأولى من نفس الفصل فإنّها تستثني من اختصاص المحكمة التجاريّة المنازعات المتعلّقة بعقودهم المتعلّقة بالأشياء الخاصّة باستعمالهم الشّخصي.

كلّ هذه الفصول تؤكّد تكريس المشرّع الفرنسي لنظريّة التبعيّة الشخصيّة.

2 - في التّشريعين المصري والمغربي :

اقتبس المشرّع المصري قانون التّجارة الصّادر سنة 1883 من التشريع الفرنسي، فكانت الفقرة التّاسعة من الفصل 2 حاملةً لنفس المعاني الواردة في الفقرة ما قبل الأخيرة من الفصل 632 من المجلّة التجاريّة الفرنسيّة، إذ أعطت هذه الفقرة الصّبغة التجاريّة لجميع «العقود والتعهّدات الحاصلة بين التجّار والمتسبّبين والسّماسرة والصّيارف ما لم تكن العقود والتعهّدات المذكورة مدنيّة بحسب نوعها أو بناء على نصّ العقد».

---

(1) - Cf., Jacques LARRIEU, L'essentiel sur le Droit des affaires, l'HERMÈS, Lyon, 1ère éd., 1994, pp. 44 et 45.
- Cf. aussi, Jean GUYENOT, Op. Cit., vol. 1, p. 95 et suiv.

فالمشرّع المصري أقام قرينةً على تجاريّة جميع تعهّدات التّاجر تجاه غيره من التجّار حتى يثبت عكس ذلك [1]، وبهذا يعتبر النصّ المصري أكثر توضيحاً من النصّ الفرنسي.

ويعلّق الأستاذ الشعراوي على الفقرة 2/9 من قانون التّجارة المصري بقوله : «يلاحظ أنّ هذا النصّ يفترض أن يحصل العمل بين تاجرين حتى يعتبر تجارياً، إلا أنّ الفقه والقضاء توسّع في تطبيقات هذا النصّ فلم يشترط أن تتمّ هذه العقود والتعهّدات بين تجّار، وإنّما اكتفى بأن يكون أحد طرفي العقد تاجراً كي يعتبر العقد بالنّسبة إليه تجارياً...»[2]. فقد جاء في قرار استئنافي أنّ : «دينُ البنك دينٌ تجاري إذا تعلّق بعملٍ تجاري»[3].

يبدو أنّ القانون التّجاري المغربي الصّادر سنة 1913 قد أخذ أيضاً بنظريّة الأعمال التجاريّة بالتبعيّة، ويعلّق الأستاذ شكري السّباعي على ذلك بقوله: «تبنّى القانون المغربي نظريّة الأعمال التجاريّة التبعيّة بالحَرْف وعلى الشّكل الّذي أتت به في القانون الفرنسي ، مُبرزاً على الخصوص جانبها الشّخصي مثله، وهذا واضح في الفقرة السادسة من المادّة الثّانية من القانون التّجاري، والتي جاء فيها : "وكلّ الالتزامات التي تقع بين التجّار والمتسبّبين والصّيارفة"...»[4].

3 - في التشريعين اللبناني والسّوري :

ينصّ الفصل الثامن من القانون التّجاري اللبناني الصادر سنة 1942 على أنّ : «جميع الأعمال التي يقوم بها التاجر لحاجات تجارته تعدّ تجاريّة أيضاً في نظر القانون ، وعند قيام الشكّ تعدّ أعمال التّاجر صادرة منه لهذه الغاية ، إلاّ إذا ثبت العكس».

---

(1) - انظر ، محمد فهمي الجوهري ، مرجع سابق ، ص 51.

(2) - زكي زكي الشعراوي ، الوجيز في القانون التّجاري، مرجع سابق ، ج. 1، ص 59.

(3) - محكمة استئناف مصر في 31-10-1937 ، موسوعة القضاء في المواد التجاريّة (عبد المعين لطفي جمعة)، مرجع سابق ، ص 47 .

(4) - أحمد شكري السّباعي ، مرجع سابق ، ج. 3، ط. 1993 ، ص 82 .

- انظر ، هشام فرعون ، مبادئ القانون التجاري المغربي، مرجع سابق ، ج. 1، ص 45 وما ب.

وقد تمّ نقل هذا النصّ حرفيّاً في الفصل الثّامن من قانون التّجارة السّوري الصادر سنة 1949 . وبالمقارنة مع التّشريع الفرنسي أو المصري مثلاً نجد أنّ نظريّة التجاريّة بالتبعيّة قد تبلوَرت بمرور السنوات، وجاءت في نصوص واضحة وأكثر تفصيلاً . وهذا ما عبّر عنه الأستاذ أحمد المحمود بقوله : «أمّا في القانون اللّبناني والسّوري فقد أتى نصّ المادّة الثّامنة تجارة يكرّس هذه النظريّة بصورة واضحة، متجنّباً الغموض الواقع في النّصوص الفرنسيّة والمصريّة، إذ أنّه لم يشترط أن يكون العقد بين تاجرين ... ومن جهة أخرى لم يطبّق هذه النظريّة بصورة مطلقة على جميع أعمال التّاجر، بل حصرها في حاجات تجارته...»[1].

4 - في التّشريع التّونسي :

إن ما يميّز الفصل الرابع من المجلّة التجاريّة الصادرة سنة 1959 هو شموليّة الصّياغة التي ورد بها لنظريّة التجاريّة بشقّيها الشّخصي والموضوعي، كما أنّ هذا الفصل صرّح بتجاريّة الأعمال وكذلك الأفعال القانونيّة التّابعة لممارسة التّجارة، إذ ينصّ هذا الفصل على أنّه : «تكون خاضعة لأحكام هذا القانون الأفعال والأعمال القانونيّة التّابعة لممارسة التّجارة.

وتعتبر جميع الأفعال والأعمال التي يقوم بها التّاجر كما سبق تعريفه بالفصل الثاني تابعة لممارسة التّجارة ما لم تقم الحجّة على خلافه».

فهذا الفصل يوضّح نضج نظريّة التجاريّة بالتبعيّة واستقرارها في التّشريع التّونسي[2].

5 - في التّشريع الكويتي :

ينصّ الفصل الثامن من قانون التّجارة الكويتي الصّادر سنة 1980 على أنّ : «الأعمال المرتبطة بالمعاملات التجاريّة المذكورة في المواد السّابقة أو المسهّلة لها ، وجميع الأعمال التي يقوم بها التّاجر لحاجات تجارته، تعتبر أيضاً أعمالاً تجاريّة».

---

(1) - أحمد المحمود ، مرجع سابق ، ص 179 .

- انظر ، جاك يوسف الحكيم ، الحقوق التجارية ، مرجع سابق ، ج. 1 ، ص 108 وما.

(2) - Cf., Nébila MEZGHANI , Cours de Droit commercial, Op. Cit., Vol. 1, p. 141 et suiv.

وهذا الفصل يشابه النصّ التّونسي في الوضوح والتّفصيل لنظريّة التبعيّة ، وخاصّة إذا أضفنا إليه نصّ الفصل 9 من نفس القانون الذي يقرّر قرينة التجاريّة لأعمال التّاجر ما لم يثبت العكس .

لقد ذهب المشرّع الكويتي إلى أبعد من ذلك، إذ أخضع الأعمال المختلطة للقانون التّجاري حيث جعل أحكامه تسري على التزامات كلّ الأطراف، أي تغليب الصّبغة التجاريّة على الصّبغة المدنيّة في هذا النّوع من الأعمال، وهو ما نصّ عليه الفصل 12 من قانون التّجارة[1].

يتبيّن ممّا سبق أنّ التّشريعات الحديثة تلافت أغلب العيوب والنّواقص النّاجمة عن عدم الدقّة في الصّياغة لنظريّة التجاريّة التبعيّة والإطلاق في عبارتها، لترتقي بها إلى الوضع القانوني السّليم. ولا أدلّ على ذلك من ضبط شروط معيّنة لتطبيقها.

---

(1) – ينصّ الفصل 12 من قانون التّجارة الكويتي على أنّه : «إذا كان العقد تجارياً بالنّسبة إلى أحد العاقدين دون الآخر ، سرت أحكام قانون التّجارة على التزامات العاقد الآخر النّاشئة من هذا العقد ، ما لم يوجد نصّ يقضي بغير ذلك».

الفقرة الثانية : شروط التجاريّة بالتبعيّة الشخصيّة

تؤكّد الفقرة الثانية من الفصل 4 م.ت. على ضرورة توفّر شرطين جوهريّين لتطبيق نظريّة التجاريّة بالتبعيّة الشخصيّة، يتمثّل الأول : في توفّر صفة التّاجر. والثاني : في ارتباط الفعل أو العمل بالنّشاط الّذي يمارسه التّاجر.

أوّلاً - توفّر صفة التّاجر:

لأنّ نظريّة التّجاريّة بالتبعيّة نشأت شخصيّةً، فإن توفّر صفة التّاجر في الشّخص يبدو شرطاً بديهياً لإمكانيّة تطبيق هذه النظريّة على أعماله، سواء كان تاجراً قانونياً (أ) أو على الأقلّ تاجراً واقعياً (ب).

أ - التاجر القانوني :

وهو التّاجر المُحترف إذا كان شخصاً طبيعياً ، أو الشركات والمؤسّسات التي تكتسب صفة التّاجر بسبب موضوعها أو شكلها.

1 - الشّخص الطّبيعي : يمكن تطبيق نظريّة التجاريّة بالتبعيّة الشخصيّة على كل التجّار الأفراد الذين يحترفون نشاطاً تجارياً كمهنة يتعيّشون منها، سواء تمّ ذلك من خلال مؤسّسة ضخمة أو مجرّد حِرفة بسيطة (كصغار التجّار والتجّار المتجوّلين...) .

وبالطّبع يكتسب هؤلاء المحترفون صفة التّاجر القانونيّة إذا التزموا بضوابط وقواعد الحِرفة والشّروط القانونيّة المطلوبة لاكتسابها [1].

---

(1) - انظر، بحثنا السّابق «قيام صفة التّاجر في التّشريع التونسي»، مرجع سابق، ص 12 وما يلي.
- Cf., F. BOCLY, Commerçants : Quallté de commerçant, J.C.Com., Fasc. 50, 3, 1982, p. 1 et suiv.

يقول الأستاذ بوذياب في هذا الصّدد : «يجب أن تكون للشّخص صفة التّاجر وقت إجراء العمل. فلا مجال للاعتداد بالتجاريّة التبعيّة إذا كان القائم بالعمل قد اعتزل التّجارة وفقد صفة التّاجر قبل العمل . إلاّ أنّ نظريّة التبعيّة تنطبق على الأعمال التي تقع على الأعمال التحضيريّة في سبيل الاشتغال بالتّجارة، كشراءه محلّ أو استئجاره، لأنّها تمهّد لاكتساب صفة التّاجر أو لأنّها تعدّ الخطوة الأولى لاحتراف التّجارة»[1].

وبالرّجوع إلى الفصل 60 من القانون عدد 44 لسنة 1995 المتعلّق بالسجلّ التّجاري نجده ينصّ على أنّه : «يعتبر تسجيل الذّات الطبيعيّة بالسجلّ التجاري قرينة لثبوت صفة التّاجر .

غير أنّ هذه القرينة لا يمكن أن يُعارَض بها الغير، إذا أثبت ما يخالفها. كما لا يمكن التمسّك بتلك القرينة إذا ثبت العلم بأنّ الشّخص المسجّل ليس بتاجر»[2].

من هذا الفصل يتبيّن أنّ التجّار الأفراد يمكن للغير أن يتمسّك ضدّهم بصفتهم كتجار إذا كانوا مسجّلين في السجلّ التّجاري (إلا إذا ثبت أنّ الغير يعلم بأنّ الشّخص المسجّل ليس تاجراً). ومن جهة أخرى فإنّ من يحترف التّجارة لا يمكنه التمسّك بصفة تاجر إلا من تاريخ تسجيله بالسجلّ التّجاري، كما أنّ عدم تسجيله لا يمكن أن يعارض به الغير (فصل 61 من نفس القانون).

2 - الشّخص المعنوي :

تكتسب الشّركات الصّبغة التجاريّة بموضوعها أو بشكلها وفقاً لأحكام الفصل 15 م.ت. ويمكن أن تطبّق عليها نظريّة التبعيّة الشخصيّة، فتعتبر الأعمال المدنيّة التّابعة لنشاطها عملاً تجارياً بالتبعيّة .

ولا تكتسب الشّركات التجاريّة صفة التّاجر القانونيّة إلاّ من تاريخ تسجيلها بالسجلّ التّجاري، استناداً إلى الفقرة الأولى من الفصل 61 من القانون المنظّم للسجلّ التّجاري، الّتي تنصّ على أنّه : «لا يمكن للخاضع للتّسجيل الذي له صفة التّاجر أن يتمسّك بتلك الصّفة إزاء الغير أو الإدارة إذا لم يطلب تسجيله في خلال شهر من بداية نشاطه ، ولا يكتسب تلك الصّفة إلاّ من تاريخ التّسجيل...».

---

(1) - سلمان بوذياب ، مرجع سابق ، ط. 1995 ، ص 92.

(2) - انظر ، المبروك بن موسى ، آثار الترسيم بالسجلّ التجاري، قت. ماي 1998، ص 18 وماب.

أمّا الفقرة الثّانية من نفس الفصل فتخوّل للغير التمسّك بصفة التّاجر للشركات التجاريّة التي لم يقع تسجيلها إذ تنصّ على أنّه : «... لا يمكن للخاضع للتّسجيل الّذي له صفة التّاجر أن يعارض بعدم التّسجيل ، للتفصّي من المسؤوليّة والالتزامات المحمولة على التّاجر...».

وليست الشركات التجاريّة هي وحدها التي يمكن تطبيق نظريّة التجاريّة بالتبعيّة عليها، إذ توجد مؤسّسات أخرى تكتسب صفة التّاجر وتقوم بأعمال تجاريّة بالتبعيّة[1]، كالمؤسّسات العموميّة ذات الصّبغة الصناعيّة والتجاريّة[2].

تثور هنا مسألة الاختصاص القضائي بالنّسبة للنّزاعات المتعلّقة بعمل تجاري بالتبعيّة، خصوصاً بعد إحداث الدّوائر التجاريّة بموجب الفقرة الرّابعة من الفصل 40 من مجلّة المرافعات المدنيّة والتجاريّة بعد تنقيحه وإتمامه بالقانون عدد 43 لسنة 1995 ، فهذه الدّوائر تختصّ فقط بالدّعاوى التجاريّة وفق ما عرّفتها الفقرة الخامسة من نفس الفصل التي تنصّ على أنّه : «تعتبر دعاوى تجاريّة على معنى أحكام هذا الفصل الدّعاوى المتعلّقة بالنّزاعات بين التجّار فيما يخصّ نشاطهم التّجاري».
وهذا يعني أنّ النّزاع التّجاري المتعلّق بعمل تجاري تبعي، لا تنظر فيه الدّوائر التجاريّة إلاّ إذا كان لطرفي النّزاع صفة التّاجر .

فإذا كان من أولى مبرّرات تكريس نظريّة التجاريّة بالتبعيّة توحيد النّظام القانوني الذي تخضع له الأعمال المتعلّقة بنشاط التّاجر، وخصوصاً ما يتعلّق بمرجع النّظر في النّزاعات المتعلّقة بهذه الأنشطة والأعمال التّابعة لها، فإنّ هذا التّقسيم للنّزاعات يخلق بلبلة واضطراباً، فمثلاً لو أنّ النّزاع كان قائماً

---

(1) - جاء في قرار استئنافي مصري أنّه : «إنّ التّعويض ما دام نتج عن ضرر سبّبته مؤسسة تجاريّة بخصوص أعمالها التجاريّة - فيكسب هذه الصفة...». محكمة استئناف القاهرة ، الدّائرة التّاسعة التجاريّة ، 26-5-1959 ، رقم 175 سنة 76 ق.
- عبد المعين لطفي جمعة ، مرجع سابق ، ص 9.

(2) - تثبت صفة التّاجر قانوناً للمؤسسات العموميّة ذات الصّبغة التجاريّة والصناعيّة مهما كان الشكل الذي تتّخذه ، وغالباً ما يصرّح بذلك القانون المُنشيء لها. وقد ألزمها المشرّع التّونسي بالتسجيل في السجلّ التّجاري أيضاً بموجب الفقرة الرّابعة من الفصل الثّاني من القانون المتعلّق بالسجلّ التّجاري .

بين بنك وتاجر مُقترض من هذا البنك ، فالدّائرة التجاريّة مختصّة بفضّ النّزاع لأنّه قائم بين تاجرين، في حين يبقى الاختصاص للمحاكم المدنيّة إذا كان النّزاع متعلّقاً بعمل مختلط، كأن يكون متعلّقاً بصفقة تمّت بين تاجر وفلاّح مثلاً.

ونتساءل أيضاً عن إشكاليّة أخرى تتعلّق بالدّعاوى التي يقوم بها تاجر ضدّ شخصين أحدهما تاجر والآخر ليس تاجراً ، فهل هي من اختصاص الدّوائر التجاريّة، أم يُحرم التاجران من مزايا التقاضي أمامها لوجود طرفٍ ثالثٍ غير تاجر ؟

لم يُجب التّشريع التّونسي عن هذه الإشكاليّة، وحبّذا لو تُعاد صياغة الفقرة الخامسة من الفصل 40 م.م.م.ت. بحيث يتمّ التوسّع في مفهوم الدّعاوى التجاريّة، كأن تصبح مثلاً شاملة لكلّ النّزاعات النّاشئة ضدّ التجّارفيما يخصّ تجارتهم . دون النّظر إلى المدّعي تاجراً كان أم غير تاجرٍ ، والاكتفاء بأن يكون أحد المدّعى عليهم تاجراً في حالة تعدّدهم.

ب - التاجر الواقعي :

إذا كان الأمر واضحاً بالنّسبة لتطبيق نظريّة التبعيّة على التّاجر القانوني، فإنّه يُثير التّساؤل بالنّسبة للتجّار الواقعيّين[1] ، ومدى إمكانيّة تطبيق النظريّة عليهم ؟

للإجابة على هذا التّساؤل يتوجّب التعرّض للحالات التي يمارس فيها التّاجر الواقعي النّشاط التّجاري فعلياً، ثمّ ننتقل للحالات التي لا يمارس فيها هذا التّاجر نشاطاً تجارياً .

1 - حالة ممارسة النّشاط التّجاري فعلياً :

قد يمارس الشّخص التّجارة على هامش المشروعيّة، تهرّباً من الخضوع لأحكام القانون التّجاري والالتزامات المترتّبة على التجّار، أو لعدم رغبته في الظّهور كتاجر لأسباب شخصيّة ، كحالة التّاجر المعتاد المُعرّف بالفصل 3 م.ت.

---

(1) - التّاجر الواقعي : هو كلّ شخص طبيعي أو معنوي يمارس التّجارة، مع وجود خلل (مقصود أوغير مقصود) في أحد أركان أو شروط ولوج المهنة، كالتّاجر المعتاد أوالشركة الفعليّة أوتاجر الممنوعات...

- راجع بحثنا «قيام صفة التاجر في التشريع التونسي»، مرجع سابق ، ص 131 وما ب.

وقد تمارس الشركة التجاريّة نشاطها قبل استكمال اجراءات إشهارها وفق القوانين المنظّمة لذلك (شركة فعليّة). ففي هذه الحالات وغيرها من صور التّاجر الواقعي لا يكون مستغرباً إجراؤه لبعض التصرّفات المدنيّة أو حصول وقائع قانونيّة يترتّب عنها التزامات على عاتقه .

فإذا كانت هذه الوقائع أو التصرّفات متعلّقة بنشاطه التّجاري هل يمكن اعتبارها أعمالاً تجاريّة بالتبعيّة أوبالارتباط par relation [1] ؟

لم يجب المشرّع التّونسي على هذا التّساؤل ، ولكن بما أنّه اعترف بوجود الحالات الواقعيّة، ورتّب على قيامها بالنّشاط الأصلي آثاراً كثيرة حماية لمصلحة المتعاملين معها ، فيمكن تَقبّل تطبيق نظريّة التجاريّة بالتبعيّة على هؤلاء التجّار، لأنّ المتعاملين معهم يعتقدون بأنّهم تجارٌ قانونيون .

- وإذا كان للتّاجر القانوني مصلحة في تطبيق نظريّة التبعيّة، فإنّ من حقّه التمتّع بمزاياها كما يتحمّل أعباءها، أمّا التّاجر الواقعي فيجب اخضاعه لتبعات نظريّة التبعيّة دون تمكينه من محاسنها .

فليس عدلاً أن يتمتّع تاجر المخدرات مثلاً أوالتّاجر المتملّص من دفع الضّرائب التجاريّة بنفس الحقوق والمزايا التي يتمتّع بها التّاجر القانوني .

2 - حالات عدم ممارسة النّشاط التّجاري :

يتعلّق الأمر بالتصرّفات التي يجريها شخص تمهيداً لدخوله الميدان التّجاري (تاجر مستقبلي) وتتعلّق بالنّشاط التّجاري الذي سيزاوله. أوبالتصرّفات والأعمال الّتي يقوم بها تاجر توقّف عن ممارسة نشاطه التّجاري.

- حالة التّاجر المستقبلي Futur commerçant : ومثال هذه الحالة شراء شخص - ينوي احتراف مهنة تجاريّة - لمحلّ تجاري أو اكتراؤه لأصل تجاري[2].

السّؤال الّذي يمكن طرحه هنا : هل تعتبر مثل هذه التصرّفات أعمالاً تجاريّة بالتبعيّة أم لا ؟

---

(1) - يسمّي البعض هذه الأعمال بالأعمال التجاريّة النسبية relative ، لأنّها تجاريّة بالنّسبة للتاجر الذي يقوم بها دون غيره.

- انظر ، أحمد المحمود ، مرجع سابق ، ص 178.

(2) - Cf., Laurent SEGAL, Actes de commerce par accessoire, J.C. Com., Fasc. 36, 1, 1991, pp. 7 et 8.

المشكلة تبدو في أنّ هذا الشّخص لم يبدأ بنشاطه فعلياً، فكيف نعامله كتاجر ونُخضعه لأحكام القانون التّجاري خصوصاً وأنّ العمل التّجاري بالتبعيّة الشخصيّة مرتبط حتماً بشخص التّاجر .

الفقه الفرنسي قَبِل بإكساء الصّبغة التجاريّة بالتبعيّة لبعض التصرّفات استثناءً، إذا كانت مرتبطة بالتّجارة المستقبليّة، رغم اسبقيّتها لاكتساب الشّخص لصفة التاجر وللبدء بممارسة التّجارة ، على أساس أنّها تمهّد لنشوء المهنة التجاريّة[1]. وفقه القضاء الفرنسي سار بنفس الاتّجاه، فاعتبر مثلاً شراء شخص لأصل تجاري من الأعمال التجاريّة، إذ سيصبح تاجراً باستغلاله لهذا الأصل [2] .

يقول الأستاذ بوذياب مدافعاً عن هذا الموقف بأنّ : «نظريّة التبعيّة تنطبق على الأعمال التي تقع على الأعمال التحضيريّة في سبيل الاشتغال بالتجارة، كشراء محل أو استئجاره لأنّها تُمهّد لاكتساب صفة التاجر ، أو لأنها تعدّ الخطوة الأولى لاحتراف التجارة...»[3].

ولئن لم يتعرّض المشرّع التّونسي لهذه الحالة صراحة، إلاّ أنّه من الممكن – باستقراء بعض الفصول – استنتاج الحلّ لهذه الإشكاليّة ، من ذلك ماجاء بالفصل 61 من قانون السجلّ التّجاري الّذي منحت الفقرة الأولى منه صفة التّاجر للشّخص ابتداءً من تسجيله بالسجلّ التّجاري، إلاّ أنّ الفقرة الثانية من نفس الفصل تنصّ على أنّه : «لا يمكن للخاضع للتّسجيل الذي له صفة التاجر ، أن يعارض بعدم التّسجيل للتفصّي من المسؤوليّة والالتزامات المحمولة على التّاجر...».

هذا النصّ يمكن قراءته بصورة موسّعة بالمقابلة مع الفقرة السّابقة لها من نفس الفصل ، فيكون الشّخص تاجراً ظاهرياً من لحظة البدء بإجراء تصرّفات قانونيّة تتعلّق بتجارته حتى تاريخ مباشرته لنشاطه التّجاري، حيث يتحوّل من تاجر ظاهري إلى تاجر فعلي ، فإذا بادر بالتّسجيل بالسجلّ التّجاري يتحوّل إلى تاجر قانوني .

---

(1) - Cf., J. HAMEL et G. LAGARDE, Op. Cit., T. 1, n° 175, p. 203 et suiv.

(2) - Cass. Civ. 19 Nov. 1924, D.P. 1926, T.1, p. 138.
- Cass. Civ. 7 Janv. 1935, D.H. 1935, p. 131.

(3) – سلمان بوذياب ، مرجع سابق ، ط. 1995 ، ص 92.

وكلّ المراحل السّابقة للتّسجيل بالسجلّ التّجاري، تخوّل للغير التمسّك بصفة التّاجر ضدّ الشّخص الّذي قام بأعمال أصليّة من نشاطه التّجاري أو الممهّدة للبدء بممارسة هذا النّشاط .

ما يؤيّد هذا التّأويل الموسّع الفصل 231 م.ت. الّذي منح صفة التّاجر لمكتري الأصل التّجاري دون اشتراط مباشرته الفعليّة للنشاط التّجاري، حيث يكفي لإعطاء صفة التاجر إمضاء المكتري على عقد الكراء إلى جانب إمضاء مالك الأصل التّجاري. إذ ينصّ هذا الفصل على أنّه : «تكون للمكتري صفة التّاجر ويكون خاضعاً لجميع واجباته...».

من هذه الفصول يمكن القول إنّ المشرّع التّونسي قَبِل ضمناً بتطبيق نظريّة التبعيّة على التّاجر المستقبلي، ويظهر هذا بوضوح في حالة اكتراء الأصل التّجاري الذي لا يعتبر من النّشاط الأصلي للتّجارة، ولكنّه أوّل عمل يمهّد لدخول الميدان التّجاري، ومع ذلك يعتبر عملاً تجارياً بالتبعيّة (لتاجرٍ بنصّ القانون) رغم أنّه مجرّد تاجر مستقبلي لم يباشر تجارته بعد .

- **حالة التّاجر المتوقّف عن النّشاط التّجاري :**

ينصّ الفصل 61 من قانون السجلّ التجاري لسنة 1995 على امتداد صفة التّاجر بصورة افتراضيّة للشّخص الذي يتوقّف عن ممارسة نشاطه التّجاري. ولا يمكنه التفصّي من مسؤولياته كتاجر إلا من تاريخ تشطيبه أو ترسيم إحالته أوكراثه للأصل التّجاري الّذي يستغلّ به نشاطه، إذ جاء بالفقرة الأخيرة من هذا الفصل أنّه : «لا يجوز للتّاجر المُسجل الذي يحيل الأصل التّجاري أو يسلّمه - خاصّة على وجه الكراء - معارضة الغير بتوقّفه عن ممارسة النشاط التّجاري، للتفصّي من دعاوى المسؤوليّة المُقامة ضدّه في خصوص الالتزامات التي أبرمها مَن خَلَفَه في استغلال الأصل، إلاّ من يوم وقوع التّشطيب أو ترسيم البيان المتعلّق بحصول الإحالة أو الكراء ، وذلك بدون المساس بالقواعد الواردة بالفصل 234 من المجلّة التجاريّة»[1].

---

(1) - ينصّ الفصل 234 م.ت.(المتعلّق بكراء الأصل التّجاري) على أنّه : «يكون المُكري مسؤولاً بالتّضامن مع المكتري إلى تاريخ إشهار عقد الكراء، بالدّيون المترتّبة على هذا الأخير في مدّة مباشرته لاستغلال الأصل التّجاري».

وهذا الفصل يؤكّد التوجّه التشريعي لحماية المتعاملين مع التجّار ، وتوقّف التّاجر عن ممارسة نشاطه لا يعفيه من المسؤوليّة عن الأعمال والتصرّفات الّتي يجريها خَلَفَه ، الّذي أحال إليه الأصل التّجاري أو سلّمه له على وجه الكراء إلاّ من تاريخ ترسيم ذلك بالسجلّ التّجاري، وتكون مسؤوليّته تضامنيّة مع خلفه استناداً إلى الفصل 234 م.ت.

تستند هذه الحالة أيضاً على نظريّة الظّاهر، إذ يفترض المشرّع أنّ التصرّف الأصلي أو التّبعي الّذي يجريه الخلف في سياق ممارسته للنّشاط التّجاري، وكأنّه صادر عن التّاجر المُحيل أو المُكري للأصل التّجاري، وذلك حماية للدّائنين الّذين يعتقدون أنّ النّشاط التجاري المُزاول في الأصل التّجاري هو لحساب التّاجر المُحيل أو المكري، إلى أن يقوم بإشهار الإحالة أو الكراء بالسجلّ التجاري، وبذلك تسقط عنه صفة التّاجر ما لم يكن يمارس نشاطاً تجارياً آخر .

ولكن يبدو أنّ توفّر صفة التّاجر لا تكفي وحدها لتطبيق نظرية التجاريّة بالتبعيّة الشخصيّة على أعماله وأفعاله، بل يجب أن تكون هذه الأعمال والأفعال متعلّقة بأمور التّجارة .

ثانياً - تعلّق العمل بالنّشاط التّجاري :

يقوم التّاجر في حياته بكمٍّ هائلٍ من الأعمال المدنيّة، وهذه الأعمال منها ما يقوم بها باعتباره شخصاً عادياً، ومنها ما يقوم بها باعتباره من فئة التجّار[1]. فهل يمكن تطبيق نظريّة التجاريّة بالتبعيّة على كل هذه الأعمال ؟

إنّ الإجابة على هذا التّساؤل بادية الوضوح في الفصل الرّابع من المجلّة التجاريّة، الّذي يشترط لتطبيق نظريّة التبعيّة أن يكون العمل تابعاً لممارسة النشاط التّجاري، وهذا يؤدّي لاستبعاد كلّ الأعمال المدنيّة المتعلّقة بحياة التّاجر الخاصّة والشخصيّة (أ) أو تلك التي لا تتعلّق بنشاطه التّجاري. إذ لا يتحوّل العمل المدني إلى عمل تجاري بالتبعيّة، إلاّ إذا كان من الأعمال والأفعال التّابعة لممارسة التّجارة (ب).

---

(1) – عزيز عبد الأمير العكيلي ، العمل التّجاري كإطار عام لنطاق القانون التّجاري الكويتي، مرجع سابق ، ص 64.

أ - استبعاد الأعمال المتعلّقة بالحياة الخاصّة للتّاجر :

يختلف الأمر بين الأعمال الخاصّة بالشخص الطبيعي والخاصة بالشخص المعنوي، لاختلاف طبيعة كل منهما.

1 - بالنّسبة للشّخص الطبيعي :

توجد بعض الأعمال التي يجريها التجّار الأفراد، لا يمكن تصوّرها إلا ذات طبيعة مدنيّة بحتة لا تمُتّ للتّجارة بصلة، ولا يمكن تطبيق نظريّة التجاريّة بالتبعيّة عليها لتعلّقها بحياة التّاجر الخاصّة، كالزّواج والطّلاق وغيرهما من أعمال وأفعال ذات طبيعة شخصيّة.

يؤكّد الأستاذ بوذياب ذلك بقوله : «أمّا إذا تعلّق العمل بحياته الخاصّة أو انقطعت صلته بالتّجارة، فلا مجال لتطبيق نظريّة التبعيّة ، لذا لا يعدّ تجارياً بالتبعيّة انفاق التّاجر على زوجته أوأحد ذويه أو أولاده...»[1].

واستبعاد هذا النّوع من الأعمال يبدو أمراً بديهيّاً بالنّسبة إلى الشّخص الطّبيعي ولا يثير أيّ مشكلة، لأنّ التّاجر هنا يقوم بهذه الأعمال كإنسان عادي وليس كتاجر، إلاّ أنّ الأمر يختلف بالنّسبة للأشخاص المعنويّين.

2 - بالنّسبة للشّخص المعنوي :

لأنّ وجود الشّخص المعنوي هو وجودٌ افتراضي وليس وجوداً مادياً، فلا يمكن القول بتوفّر حياة خاصّة وشخصيّة له ، لأنّه بلا جسد ولا روح[2]. فالشّركة التجاريّة مثلاً تكتسب صفة التّاجر، فتسري الصّبغة التجاريّة إلى أعمالها بدون أيّ استبعاد طالما أنّها ملتزمة بموضوع نشاطها .

وعلى ذلك يصبح شرط التعلّق بالنّشاط التّجاري غير ضروري بالنّسبة للشركات التجاريّة وعديم الجدوى، لأنّ كل أعمالها مرتبطة بنشاطها حتماً وتهدف لتحقيق موضوعها الذي أنشئت الشركة من أجله[3].

يؤكد الأستاذان ريبير وروبلو ذلك بالقول أنّه : «بالنّسبة للشركات

---

(1) - سلمان بوذياب ، مرجع سابق ، ص 92 .

(2) - أبوزيد رضوان ، مفهوم الشخصيّة المعنويّة بين الحقيقة والخيال ، مرجع سابق ، ص 197.

(3) - J.C. Com., Fasc. 36, 1, 1991, n° 32, p. 9.

التجاريّة فإنّها لا تنشأ إلا من أجل هدف وحيد هو إنجاز التّجارة، لذلك فإنّ كلّ أعمالها دائماً تكون تجاريّة...»[1].

ب - تحوّل العمل المدني إلى عمل تجاري تبعي :

إذا كانت الأعمال المتعلّقة بشخص التّاجر مستبعدة بداهةً من ميدان تطبيق القانون التّجاري، فإنّ باقي الأعمال المدنيّة التي ينجزها والالتزامات الّتي تترتّب في ذمّته قابلة للخضوع للقانون التّجاري، إذا كانت متعلّقة بنشاطه التّجاري . وهو ما جاء في مطلع الفصل الرّابع م.ت. إذ ينصّ على أنّه : «تكون خاضعة لأحكام هذا القانون الأفعال والأعمال القانونيّة التّابعة لممارسة التّجارة..». وقد أقرّ المشرّع قرينة التجاريّة لكلّ أعمال وأفعال التّاجر، إلى أن يثبت عدم تعلّقها بتجارته (فقرة 2 من الفصل 4 م.ت.).

وهذا يعني أنّ الأعمال والأفعال القانونيّة التي تُرتّب التزاماً مدنياً، إذا قام بها غير التّاجر تتغيّر طبيعتها القانونيّة، ويتحوّل الالتزام النّاشئ عنها إلى التزام تجاري بالتبعيّة إذا قام به تاجر لحاجات تجارته، فشراء سيارة هو عمل مدني أصلاً، وإذا اشتراها تاجر لقضاء حاجات منزله والاستعمال العائلي، فلا تتغيّر طبيعة العمليّة، ويبقى الالتزام الناشئ عن العقد مدنياً بالنّسبة إلى التّاجر[2]. أمّا إذا اشتراها لتوزيع البضائع أو لنقل العاملين في متجره، فإنّ عقد شراء السيّارة يتحوّل إلى عقد تجاري بالتبعيّة .
وأيضاً إذا ارتكب التّاجر عملاً من أعمال المنافسة غير المشروعة، فإنّ فعله يصبح عملاً تجارياً بالتبعيّة ويترتّب عنه التزامٌ تجاريّ[3].

إذن وبتوفّر شرطيّ التجاريّة بالتبعيّة الشخصيّة (صفة التاجر وتعلّق العمل بالنّشاط التّجاري) ينفتح المجال لتطبيق هذه النظريّة على ميدان واسع ومتنوّع من الأعمال والأفعال القانونيّة .

---

(1) - C. RIPERT et R. ROBLOT, Op. Cit., T. 1, n° 309, p. 203.

(2) - اعتبرت الفقرة الأولى من الفصل 638 م.ت. فرنسيّة أنّ المحكمة التجاريّة لا تختصّ بالنّظر بالدّعاوى المُقامة ضدّ تاجر، فيما يخصّ الوفاء بقيمة سلع وبضائع مشتراة لاستعماله الخاصّ، واستناداً إلى هذا الفصل تعتبر هذه الأعمال مدنية لا تخضع للقانون التّجاري.

(3) - انظر ، جمال الدين عوض ، مرجع سابق ، ص 46 وما ب.
- أيضاً، حافظ محمد ابراهيم ، القانون التّجاري (المصري)، مرجع سابق ، ص 114 وما ب.

المبحث الثاني : ميـدان تطبيـق النظريّـة

لا يقتصر تطبيق نظريّة التجاريّة بالتبعيّة الشخصيّة على العلاقات التعاقديّة (الفقرة الأولى)، بل تمتدّ أيضاً إلى العلاقات غير التعاقديّة (الفقرة الثانية).

الفقـرة الأولـى : العلاقـات التعاقديّة

تعدّ العقود والتصرّفات القانونيّة عموماً أهمّ ميدان لتطبيق نظريّة التجاريّة بالتبعيّة . لذا يتعيّن التعرّف على ماهيّة العقود التجاريّة بالتبعيّة (أولاً)، وأصنافها (ثانياً).

أوّلاً - ماهيّـة العقـود التجاريّـة بالتبعيّـة :

إنّ تعبير «العقود التجاريّة» يكتنفه بعض الغموض رغم كثرة استعماله، إذ قد يوحي بوجود فئة مستقلّة من العقود ذات الصّفة التجاريّة إلى جانب العقود المدنيّة ، في حين أنّ العقد التجاري لا يختلف في حقيقته - لا من حيث الأركان ولا من حيث أسباب الانقضاء - عن العقد المدني[1].

فالعقود التجاريّة لا تتميّز بنظريّة مستقلّة عن تلك التي تحكم العقود المدنية[2]، بل تقوم على ذات القواعد التي تخصّ العقود المدنيّة[3]. «ومع ذلك

---

(1) - انظر ، محمد حسن الجبر ، العقود التجاريّة وعمليات البنوك في المملكة العربيّة السعودية، جامعة الملك سعود، الرّياض ، ط. 1 ، 1994 ، ص 3 وما يلي.

- أيضاً ، سميحة القليوبي ، شرح العقود التجاريّة ، دار النّهضة العربيّة ، القاهرة ، 1988 ، ص 5.

- Cf., G. RIPERT et R. ROBLOT, Op. Cit., T. 2, 14ème éd., 1996, n° 2483, p. 570.

- aussi, A. JAUFFRET, Manuel de Droit commercial, Op. Cit., p. 425 et suiv.

(2) - جلال وفاء محمدين ، المبادئ العامّة في العقود التجاريّة وعمليات البنوك ، الدار الجامعيّة، بيروت، 1987، ص 7.

(3) - انظر ، مجموعة من الأساتذة ، العقود التجاريّة ، ملتقى جهوي انعقد بالمنستير (فيفري 1992) ، المعهد الأعلى للقضاء ، تونس ، 1992 ، ص 165 و166.

توجد بعض عقود يطلق عليها العقود التجاريّة تمييزاً لها عن العقود المدنية، وقد ثار جدل في الفقه حول بيان المقصود من العقود التجاريّة...»[1].

يعرّف الأستاذ جمال الدّين عوض العقد التّجاري بأنّه : «العقد الذي يُنشئ في ذمّة أحد طرفيه أو ذمّة طرفيه معاً التزاماً تجارياً»[2].

وينتقد الأستاذ علي البارودي هذا التّعريف بكونه غير محدّد، لأنّه يحيل إلى تعريف الالتزام التّجاري، كما ينتقد تعريف الأستاذ عبد الحيّ حجازي الذي اعتبر أنّ العقد التجاري هو : «العقد الذي يجريه التّاجر إذا كان متّصلاً بحرفته التجاريّة». فيرى الأستاذ البارودي أنّ هذا التّعريف ضيّق ولا يستوعب كل العقود التجاريّة[3]. كما يمكن توجيه النّقد إلى تعريف العقود التّجارية بكونها : «الأعمال التجاريّة والأعمال المختلطة عندما تجرى في شكل عقود»[4]. لأنّ هذا التّعريف غير محدّد أيضاً .

فمن الصّعب إذن وضع تعريف معيّن للعقود التجاريّة أو إخضاعها لتحديد دقيق، لأنّ العقود الواردة في القانون المدني جائزة في ميدان التّجارة من جهة، ومن جهة أخرى فإنّ التعهّدات التي يتبادلها التجّار فيما بينهم أو مع المتعاملين معهم صعبة الحصر[5]، ومع ذلك تتمتّع العقود التجاريّة ببعض الخصائص وأهمّها :

- عدم الشكليّة : فالعقود التجاريّة رضائيّة، إلا إذا استلزم القانون غير

---

(1) - علي حسن يونس ، القانون التّجاري (ستة أجزاء)، مرجع سابق ، ج. 3 (العقود التجاريّة)، 1968 ، ص 3.

(2) - علي جمال الدّين عوض ، الوجيز في القانون التّجاري (العقود التجاريّة - الأوراق التجاريّة - عمليات البنوك - الإفلاس)، دار النّهضة العربية ، القاهرة ، 1982 ، ص 4.

(3) - انظر ، علي البارودي ، العقود وعمليات البنوك التجاريّة ، مرجع سابق ، ص 6.

(4) - «Ce sont les actes de commerce et les actes mixtes coulés dans la forme juridique du contrat».
- Léon JULLIOT DE LA MORANDIÈRE et René RODIÈRE et Roger HOUIN, Op. Cit., T. 2, p. 113.

(5) - مراد منير فهيم ، القانون التّجاري (العقود وعمليات البنوك)، منشاة المعارف ، الاسكندرية، 1982 ، ص 9.

ذلك (كالكتابة في عقد الشّركة مثلاً)[1]. وهذا يعني أنّ رضاء المتعاقدين وحده هو الذي يكوّن هذه العقود ، إذ يكفي في انعقادها اقتران القبول بالإيجاب .

- **عدم المجانيّة** : أي أنّ العقود التّجاريّة هي من عقود المعاوضة - حتى في العقود التي تتمّ على سبيل المجاملة ولا يبدو فيها مقابل ظاهر - لأنّ نيّة التبرّع منتفية فيها ، لما يُقصد من هذه العقود من غايات غير مباشرة تهدف إلى زيادة أرباح التّاجر[2].

ولأنّ أحكام العقود التجاريّة تختلف أحياناً عن أحكام العقود المدنيّة[3]، ولوجود بعض العقود التي تعتبر تجاريّة على وجه الخصوص Spécifiques [4]، فقد عمد عديد التشريعات إلى إفرادها في فصول مدرجة بالقوانين التجاريّة، وتمييزها عن العقود المدنيّة ولو جزئياً . من ذلك ما جاء بالفصول 91 وما بعده من المجلّة التجاريّة الفرنسيّة المتعلّقة بالرّهن والوكالة بالعمولة .

وأحياناً تُنظّم بقوانين ملحقة بالمجلّة التجاريّة أو مستقلّة عنها، كعقود الشركات التجاريّة (المنظمة بمجلة الشركات الفرنسيّة)، أو الإيجار المالي والبيوع التجاريّة وغيرها....

---

(1) - انظر ، علي حسن يونس ، القانون التّجاري ، مرجع سابق ، ج. 3 (العقود التجاريّة)، ص 6 وماب.
- أيضاً ، رضا عبيد ، القانون التّجاري (العقود التجاريّة - الأوراق التجاريّة وعمليات البنوك - الإفلاس) ، مطابع شركة النّصر للتصدير والاستيراد ، القاهرة، ط. 5، 1984، ص 9.

(2) - انظر ، محمد حسن الجبر ، العقود التجاريّة وعمليات البنوك في المملكة العربيّة السّعوديّة، مرجع سابق ، ص 5.

(3) - انظر ، سمير جميل حسين الفتلاوي ، العقود التجاريّة الجزائريّة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1987، ص 2 وماب.
- انظر ، الحبيب عمّار ، العقود التجاريّة ، قت. جانفي 1964 ، ص 7 وماب.

(4) - انظر ، ثروت حبيب ، دروس في القانون التّجاري (العقود التجاريّة - الأوراق التجاريّة...)، مرجع سابق ، ص 12 وماب.
- Cf., Philippe MALAURIE et Laurent AYNES, cours de droit civil, T. 8 (Les contrats spéciaux civils et commerciaux), 9è. éd., Editions CUJAS, Paris 1995, p. 13 et suiv.
- aussi , F.C. DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, Contrats civils et commerciaux, 2è. éd., Dalloz, Paris, 1993, p. 21 et suiv.

من ذلك أيضاً ما ورد في الباب الرّابع من الكتاب الأوّل بالقانون التّجاري الجزائري، الذي أفرد لأحكام العقود التجاريّة (الفصول من 30 إلى 77 بدخول الغاية).

وبالنّسبة للمشرّع التّونسي فقد تعرّض للكثير من العقود المعروفة في الميدان التّجاري، واكتفى بالإشارة إلى بعضها بمناسبة أو أخرى، وسكت تماماً عن البعض الآخر . وبالرّجوع إلى الكتاب الخامس من المجلّة التجاريّة نجده مخصّصاً للعقود التجاريّة[1]، مما يدعّم ويؤكّد وجود هذه العقود وتَميّزها عن العقود المدنيّة في منظور المشرّع التّونسي.

وقد نصّ الفصل 597 م.ت. على أنّ : «جميع العقود التجاريّة خاضعة لأحكام هذه المجلّة، وإذا لم يوجدْ بها نصّ فتكون خاضعة لمجلّة الالتزامات والعقود، وإلاّ كانت متماشية مع أصول العُرف التجاريّة».

يمكن تقسيم العقود التّجارية إلى عقود أصليّة وعقود تبعيّة ،مما يجرّنا إلى التساؤل عن كيفيّة التّمييز بين هذين النّوعين من العقود، للوصول إلى تحديد ماهية العقد التّجاري بالتبعيّة ؟

للإجابة على هذا التّساؤل يتعيّن تبيان مفهوم العقد التّجاري بالتبعيّة (أ). والتعرّف على خصوصيّة هذه العقد (ب).

أ - مفهوم العقد التّجاري بالتبعيّة :

تُعدّ العقود التجاريّة أهمّ صور الأعمال التجاريّة ، لأنّها تمثّل المظهر الرّئيس لنشاط التّاجر في الحياة الاقتصاديّة[2]، ولكن كيف لنا أن نميّز بين العقود التجاريّة الأصليّة والعقود التجاريّة بالتبعيّة ؟

لا تكفي الإجابة عن هذا التّساؤل لتوضيح مفهوم العقد التّجاري بالتبعيّة، لأنّ هذا الأخير يتداخل أيضاً مع العقود المختلطة.

---

(1) - يحتوي الكتاب الخامس من المجلّة التجاريّة على 150 فصلاً (الفصول من 597-746 بدخول الغاية) وهو الكتاب الأخير في المجلّة .

(2) - هاني محمد دويدار ، العقود التجاريّة والعمليات المصرفيّة ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية ، 1994 ، ص 5و6.

1 - تمييز العقد التّجاري بالتبعيّة عن العقد التّجاري الأصلي :

لا تكتسب العقود الصّفة التجاريّة وفق معيار وحيد ، فقد تكون هذه العقود أصليّةً، أي تمثّل محور المهنة التي يمارسها التّاجر، كعقود النّقل الّتي يبرمها النّاقل التّجاري أو عقود البيع التي يجريها التّاجر المُصدّر . وقد تكون العقود ذات أصل مدني وتنقلب صفتها وتكتسي الصّبغة التجاريّة، تطبيقاً لنظريّة التبعيّة الشخصيّة، إذا أجراها التّاجر لحاجات تجارته .

فالعقد التّجاري الأصلي يُدرس في نطاق المهنة وتُطبّق عليه معايير الأنشطة الرئيسة للتاجر، فإذا كان شخصاً طبيعياً، فإنّ معيار الاحتراف هو الّذي يُكسي العقود الصّبغة التجاريّة وفقمضمون الفصل 2 من المجلّة التجاريّة، أوعلى الأقلّ اعتياد إجراء عقود اعتبرها المشرّع تجاريّة (الإنتاج أو التّداول أو المضاربة أو التوسّط)، وفق منطوق الفصل 3 من المجلّة التجاريّة .

أمّا إذا كان التّاجر شخصاً معنوياً فإنّ عقوده التجاريّة الأصليّة تتطابق مع موضوع أو شكل نشاطه، وفق مضمون الفصل 15 م.ت. (تجاريّة بالشّكل أو تجاريّة بالموضوع)، أو وفق النّصوص القانونيّة الخاصّة الذي تعتبر بعض المؤسّسات العموميّة ذات صبغة تجاريّة أوصناعيّة بعد دخول الدّولة في الميدان التّجاري كمنافس للقطاع الخاص[1] ، مع الأخذ بعين الاعتبار بعض الخصوصيّة للعقود المجراة مع الدّولة ومؤسّساتها[2].

وإذا كانت العقود التجاريّة الأصليّة تُحدّد - وفق معايير التجاريّة المقرّرة قانوناً - الأعمال التجاريّة الأساسيّة للتّاجر، فهذا يعني أنّ أساس صبغتها التجاريّة مُختلف عن الأساس الذي تُمنح بناءً عليه العقود التجاريّة بالتبعيّة صفتها تلك ، لأنّ تجاريّة العقود الأصليّة تبدأ مع نشوء صفة التّاجر بعلاقة جدليّة، بل لا يكتسب الشّخص الطّبيعي مثلاً صفة التّاجر إلاّ إذا مارس هذه التصرّفات القانونيّة كحرفة له أو اعتاد على إجرائها .

أمّا العقود التبعيّة فتكتسي صبغتها التجاريّة بعد نشوء صفة التّاجر، إذ تنتقل هذه الصّبغة من شخص التّاجر إلى العقد إذا أجراهُ لحاجات تجارته،

---

(1) - تعرّضنا لتجاريّة الأنشطة الرّئيسة في الجزء الأول من هذه الدّراسة، لذا لا نجد ضرورة للتّفصيل في تجاريّة العقود الأصلية ، وسنكتفي بالتّنويه إلى أحكامها فقط عند المقارنة أوإذا كانت هذه الأحكام مشتركة مع العقود التجاريّة بالتبعيّة .

(2) - انظر ، حسين درويش ، حقوق المتعاقد مع الإدارة في العقد الإداري ، قت. نوفمبر 1981 ، ص 47 وماب.

فعقود التّأمين التي يجريها الناقل البحري مثلاً على سفينته أو على الرّكّاب هي عقود تجاريّة بالتبعيّة، استناداً إلى نظريّة التبعيّة الشّخصيّة، لأنّها تتعلّق بحاجات تجارته ، أمّا عقود التّأمين التي يجريها على حياته أو لأحد أفراد عائلته فلا تُعتبر من العقود التجاريّة .

2 - تمييز العقد التّجاري بالتبعيّة عن العقد المختلط :

قد يخلط البعض بين العقد المختلط الذي يكون فيه فقط أحد طرفيه تاجراً دون الطّرف الآخر وبين العقد التّجاري بالتبعيّة .

وبالتّدقيق يمكن الجزم بأنّ العقد المختلط لا يشكّل صنفاً بذاته، وإنّما يحمل بآن واحد الصّفة المدنيّة بالنّسبة للطّرف غير التّاجر، والصّفة التجاريّة بالنّسبة للطرف التّاجر .

فالتّاجر الّذي يُنجز العقد المختلط يكون قد أجرى تصرّفاً قانونياً إمّا أن يكون مصنّفاً بين العقود التجاريّة الأصليّة، أويعتبر عقداً تجارياً بالتبعيّة. ويكون هذا العقد نفسه مدنياً دائماً بالنّسبة للطّرف الآخر .

ويختلف العقد التّجاري بالتبعيّة عن العقد المختلط بإمكانيّة إنجازه بين تاجرين، وبالتّالي يكون تجارياً بالنّسبة للطّرفين إذا تعلّق بتجارتيهما. أمّا العقد المختلط فهو دائماً تجاري بالنّسبة لطرف واحد من العقد .

ويصبح العقد المختلط تجارياً بالتبعيّة فقط بالنسبة للطّرف التاجر فيه، إذا لم يكن موضوع العقد نشاطاً رئيساً لهذا التّاجر، وإلا كان عقداً تجارياً أصلياً.

ب - خصوصيّة العقد التّجاري بالتبعيّة :

يخضع العقد المدني لأحكام القانون التّجاري إذا أبرمه التّاجر لشؤون تجارته، أي أنّ العقد التّجاري بالتبعيّة هو عقد نُزِعَتْ عنه الصّبغة المدنيّة وأُلحِق بالعقود التجاريّة ، وبالتّالي يخضع لنفس القواعد والأحكام التي تطبق على العقود التجاريّة الأصليّة .

ولعلّ أهمّ ما يميّز النّظام القانوني لهذه العقود أنّه يجنح إلى حماية الدّائن لا المدين - بعكس ما يسعى إليه القانون المدني - والسّرعة التي يتطلّبها الميدان التّجاري[1]:

---

(1) - عبد المجيد بوسلامة ، خصوصيات العقود التجاريّة ، الملتقى الجهوي بالمنستير (العقود التجاريّة)، مرجع سابق ، ص 22.

1 – قواعد لضمان السّرعة وتبسيط الاجراءات :

لأنّ العقود التجاريّة هي مبدئياً من العقود الرضائيّة، فإنّ إبرامها يكون أسهل وأسرع من العقود المدنيّة، لما فيها من تبسيط لإجراءات انعقادها – مع وجود بعض الاستثناءات – ولأنّ العقود التجاريّة بالتبعيّة الشخصيّة هي ملحقة بهذا الصّنف من العقود، فإنّها تُعامل نفس المعاملة الخاصّة بالعقود التجاريّة الأصليّة وتخضع لأحكام الفصل 597 م.ت. الذي يُخضع العقود التجاريّة لأحكام المجلّة التجاريّة، ثم مجلّة الالتزامات والعقود فيما يتعلّق بالأمور التي لم تنظّمها المجلّة التجاريّة ، وفي حال خلوّ النّصوص التشريعيّة من معالجة لمسألة من مسائل هذه العقود فيجب الرّجوع إلى الأعراف التجاريّة .

ومن أهمّ القواعد المتعلّقة بدعم السرعة وتبسيط الاجراءات الخاصّة بالعقود التجاريّة – ومنها العقود التبعيّة لنشاط التاجر – ما يلي :

– حرّية الإثبات : لأنّ الالتزامات النّاشئة عن العقد التّجاري بالتبعيّة هي إلتزامات تجاريّة بالنّسبة للتّاجر المدين بها ، فإنّ الدّائن يتمتّع بحرّية واسعة في الإثبات ضدّ هذا التّاجر[1]. وهو ما يؤكّده الفصل 598 م.ت. الذي ينصّ على أنّه: «يكون إثبات العقود التجاريّة :

1 – بحجة رسمية
2 – بكتب بخطّ اليد
3 – بجدول يسلّمه أو تقييد يثبته أمين الصرافة أو سمسار الأوراق الماليّة مُوقّع من المتعاقدين كما يوجبه القانون .
4 – بقائمة البضاعة المقرونة بالقبول .
5 – بالرّسائل .
6 – بدفاتر المتعاقدين .
7 – ببيّنة الشهود وبالقرائن، إذا رأت المحكمة وجوب قبولها ، كلّ ذلك مع اعتبار الاستثناءات المقرّرة في القانون».

---

(1) – توجد عديد الاستثناءات لقاعدة حرّية الإثبات التّجاري، مما يؤكّد التوجّه التّشريعي نحو الشكليّة . كبيع السّفن الذي لا يكون صحيحاً إلا إذا كان بكتب رسمي (الفصلان 16 و29 م.ت.ب.) كما ظهرت العقود النموذجيّة غيرالقابلة للتّفاوض والمعدّة بصورة مسبقة، والتي اثبتت فعاليتها في الميدان التّجاري .

- **تقادم قصير** : تتقادم الحقوق الناتجة عن الدّين المدني بخمسة عشر عاماً، عدا ما استثناه القانون (فصل 402 م.إ.ع.)، وهو تقادم طويل، إلا أنّ المشرّع قرّر تقصير التّقادم بالنّسبة للدّيون التجاريّة «فجعل أقصاها عشر سنوات[1]. وهذا يمكن استنتاجه من الفصل 8 من المجلّة التجاريّة، الذي جعل مدّة الاحتفاظ بالوثائق المثبتة للعمليات التجاريّة المقيّدة بالدّفاتر لمدّة عشر سنوات»[2].

وتخفّض المدّة إلى خمس سنوات بالنسبة للالتزامات الناشئة عن عقد الشركة سواء فيما بين الشركاء أو بين الشركاء والغير (فصل 410 م.إ.ع.).

وقد روعيت في المادّة التجاريّة الظّروف والاعتبارات الخاصّة بسرعة المعاملات ، وبالتّالي يمكن تطبيق مبدأ التّقادم القصير على العقود التجاريّة بالتبعيّة وما ينشأ عنها من التزامات .

2 - قواعد لحماية الدّائن :

في العلاقات التجاريّة يُقدّم المشرّع مصلحة الدائن على مصلحة المدين، وهو ما يبدو جليّاً في عدّة مجالات[3]، ولأنّ العقود التجاريّة بالتبعيّة تُنشىء التزاماً تجارياً في ذمّة التّاجر المدين بها فإنّ هذه القواعد تنطبق عليها :

- **تضامن المدينين** : وهو مُفترض في الدّيون التجاريّة[4] بمقتضى الفصل 175 م.إ.ع. الذي ينصّ على أنّه : «يحصل التّضامن قانوناً فيما يلتزم به التجّار لبعضهم في نازلة تجاريّة، إلا إذا صرّح العقد أو القانون بخلافه».

ولكن بالنّظر إلى هذا الفصل، نلاحظ أنّ المشرّع ضيّق من نطاق قاعدة التّضامن وحصرها في الدّعاوى التجاريّة الناشئة بين التجّار . أي أنّ التضامن ليس مفترضاً إذا كان الدّين تجارياً فقط بالنّسبة لأحد الأطراف .

---

(1) - ينصّ الفصل 345 من قانون التجارة السوري على أنّه : «في المواد التجاريّة يسقط بالتقادم حق الادعاء بمرور عشر سنوات إن لم يُعيّن أجل أقصر...».

(2) - عبد المجيد بوسلامة ، خصوصيات العقود التجاريّة ، الملتقى الجهوي المنعقد بالمنستير (العقود التجاريّة) ، مرجع سابق ، ص 27.
- Cf., N. MEZGHANI, Op. Cit., Vol. 1, pp. 44 et 45.

(3) - انظر ، هشام فرعون ، القانون التّجاري البرّي ، مرجع سابق ، ج. 1 ، ص 86.

(4) - انظر ، إدوار عيد ، العقود التجاريّة وعمليات المصارف ، مطبعة النّجوى ، بيروت ، 1968 ، ص 12.

- **عدم منح آجال الفضل** : يمكن للقاضي في الالتزامات المدنيّة منح المدين أجلاً[1] على وجه الفضل (نَظِرة المَيْسرة) ، وهو ما أقرّه الفصل 137 م.إ.ع.، إلا أنّ هذه المهلة غير واردة في الكثير من الالتزامات التجاريّة أو تكون استثنائيّة (كحالة القوّة القاهرة مثلاً).

- **الفوائد القانونيّة المترتّبة على الدّيون التجاريّة** : تكون نسبتها أعلى من فوائد الدّيون المدنيّة (فصل 1100 م.إ.ع.) ، كما أنّ المشرّع وضع قرينة على وجود الفائض لفائدة الدّائن في الدّيون التجاريّة . إذ ينصّ الفصل 1096 م.إ.ع. والمتعلّق بالقروض على أنّ : «الفائض لا يكون لازماً بالنّسبة للعقود الواقعة بين غير التجّار إلا إذا اشتُرط كتابةً .

ويحمل الأمر على اشتراطه إذا كان المتعاقدون من التجّار».

هنا أيضاً جاء النصّ خاصّاً بالعقود المبرمة بين التجّار، وفي ذلك تضييق وتشدّد من قبل المشرّع . فإذا كان الدّائن ليس تاجراً فلا يُفترض وجود الفائض ولو كان المدين تاجراً واقترض لمصلحة تجارته (عقد تجاري بالتبعيّة) .

- **الاختصاص الحُكمي** : بعد إحداث الدّوائر التجاريّة بالمحاكم الابتدائيّة، بموجب القانون عدد 43 لسنة 1995 المنقّح للفصل 40 م.م.م.ت. ، أصبحت هذه الدّوائر مختصّة بالنّظر في الدّعاوى التجاريّة ، وفي ذلك مصلحة كبيرة للتجّار لما فيه من حماية وتخصّص في النّزاعات التجاريّة .

وبالرّجوع إلى الفقرة الخامسة من الفصل 40 م.م.م.ت. نجد أنّ اختصاص الدّوائر التجاريّة محصور في نزاعات التجّار فيما بينهم، إذ تنصّ على أنّه : «تعتبر دعاوى تجاريّة على معنى أحكام هذا الفصل الدّعاوى المتعلّقة بالنّزاعات بين التجّار فيما يخصّ نشاطهم التّجاري».

وفي هذا تضييق آخر، لأنّ النّزاعات في العقود المختلطة مثلاً ليست من اختصاص هذه الدّوائر، وكانّ المشرّع يسعى لحماية الدّائن التّاجر فقط دون باقي الدّائنين - وهو ما لاحظناه في أكثر من مناسبة - إلاّ أنّ منح الثّقة بين المتعاملين في الميدان التّجاري يستدعي حماية الدّائن سواء كان تاجراً أم لا، مادام المدين تاجراً والالتزام المترتّب بذمته هو التزام تجاري .

---

(1) - انظر ، حسني المصري ، القانون التّجاري (العقود التجاريّة والإفلاس) ، دار النّهضة العربيّة، القاهرة ، 1988 ، ص 23.

ثانياً - أصناف العقود التجاريّة بالتبعيّة :

لقد تعرّض المشرّع التونسي لأهمّ العقود التجاريّة بالفصول 599 إلى 746 من المجلّة التجاريّة وهي :

- عقود الرّهن.
- عقود الوساطة بالعمولة.
- عقود السّمسرة.
- عقود الوكالة التجاريّة.
- عقود النّقل.
- عقود الودائع المصرفيّة.
- عقود كراء الصّناديق الحديديّة .
- عقود فتح الاعتماد أو القروض.
- عقود الحساب الجاري.
- عقود الخصم .

والحقيقة أنّ العقود التجاريّة يصعب حصرها، خصوصاً وأنّ التّعامل التّجاري يُتحفنا بين الحين والآخر بأنواع جديدة من العقود . وما يهمّنا هو دراسة تصنيف هذه العقود، على اعتبار أنها قد تكون عقوداً تجاريّة بالتبعيّة، لأنّ التجّار يبرمون الكثير منها خدمة لحاجات تجارتهم ، علماً بأنّه توجد عقود تجاريّة أخرى مذكورة في نصوص قانونيّة خاصّة[1]، سنأخذها بعين الاعتبار عند التّصنيف قدر الإمكان ، ولا ننسى تبيان بعض العقود الّتي لم يتعرّض لها المشرّع إطلاقاً .

ولو تمعّنا في العقود التجاريّة نجد أنّ بعضها عقود بنكيّة (أ)، والبعض الآخر لا يتمّ حتماً مع البنوك (ب) .

---

(1) - المشرّع الفرنسي أيضاً لم يتعرّض لكلّ العقود التجاريّة بصورة مجمّعة، بل جاءت متفرّقة في عديد النّصوص ، من ذلك ما جاء بالفصل 91 وما بعده من المجلّة التجاريّة (الرّهن والوكالة بالعمولة). وفي مجلّة الشركات (عقد الشّركة) . وما جاء بالقانون عدد 8 لسنة 1969 (البيوع البحريّة)، أو بالقانون عدد 455 لسنة 1966 (الإيجار المالي). أو القانون عدد 277 لسنة 1956 (كراء الأصل التّجاري) وغيرها كثير .

أ - العقـــود البنكيـــة :

يعدّ العقد الإطار الأساسي للخدمات البنكيّة[1] ويعتبر التجّار من أهمّ حُرفاء البنوك ، إن لم يكونوا أهمّهم على الإطلاق .

ولأنّ البنوك [2] تتمتّع بصفة التّاجر دائماً ، لأنّها تكون عموماً على شكل شركات خفيّة الاسم (الفصل 12 من قانون تنظيم مهنة البنوك) ، فإنّ جميع العقود التي تُبرمها مع حرفائها تعدّ من العقود التجاريّة الأصليّة بالنّسبة لها ، في حين أنّ هذه العقود بالنّسبة للحريف إذا كان تاجراً، تعتبر عقوداً تجاريّة بالتبعيّة إذا تعلّقت بشؤون تجارته .

ومن هذا المنظار يكون العقد البنكي الّذي يبرمه التّاجر من عقود الخدمات أو من عقود الائتمان .

1 - عقود الخدمات :

بالرّجوع إلى الفصل الثّاني من قانون تنظيم مهنة البنوك، نجد أنّه يُعدّد أهمّ الخدمات التي تقدّمها البنوك وتمارسها كنشاط مهني [3]، وبعض هذه الخدمات تكون مالية، وبعضها غير مالية، وأهمّ هذه الخدمات التي تبرز بصورة عقود ما يلي :

---

(1) - Cf., François GRUA, Contrats bancaires, T. 1 (contrats de services), Economica, Paris, 1990, p. 53 et suiv.

(2) - ينصّ الفصل الرّابع من قانون تنظيم مهنة البنوك، بعد تنقيحه بالقانون عدد 24 لسنة 1994 ، على تصنيف البنوك إلى ثلاثة أنواع وهي : 1 - بنوك الإيداع.
2 - بنوك التّمويل.
3 - بنوك الأعمال.

(3) - ينصّ الفصل 2 من قانون تنظيم مهنة البنوك، بعد تنقيحه بالقانون عدد 12 لعام 1975 والقانون عدد 25 لعام 1994 ، على أنّه : «يعتبر كبنوك ... كلّ المؤسسات التي تتعاطى العمليات التالية بصفة نشاط عادي :
- قبول الودائع من العموم كيفما كانت مدّتها أو شكلها .
- منح القروض بجميع أشكالها .
- القيام كوسيط بعمليات البورصة أو الصّرف .
- القيام لفائدة الحرفاء المودعين بدفع أو استخلاص الصّكوك والأوراق التجاريّة والقصاصات أو كلّ سند دفع أو دين آخر.
إنّ ممارسة أية وظيفة من بين هاته الوظائف ، وحتى ولو أنّها لا تبرّر وحدها تسمية بنك تعطي صفة المؤسّسة المالية، وتكون بذلك خاضعة للرّخص المقرّرة بهذا القانون. ويمكن أن تنظّم المؤسّسات المالية بأمر .
ويمكن للبنوك كذلك القيام بعمليات مرتبطة بنشاطها، مثل الاستشارات والمساعدة في التصرّف في الممتلكات وفي التصرّف المالي والهندسة المالية، وبصفة عامّة كلّ الخدمات التي تهدف إلى تسهيل بعث المؤسسات وتطويرها وإعادة هيكلتها».

- عقود الإيداع النّقدي : كثيراً ما يلجأ التجّار إلى إيداع مبالغ نقديّة في البنوك[1] ، فيكون عمله هذا تجارياً بالتبعيّة إذا كانت هذه الودائع متعلّقة بتجارته .

والوديعة في البنوك تهدف إلى حفظ النّقود من السّرقة والضّياع، وأحياناً للحصول على فوائد، كما تسهّل على المُودع استعمالها دون أن يضطرّ إلى حملها وتداولها بذاتها[2].

نظّم المشرّع التّونسي هذه العقود في الفصول 670 إلى 677 من المجلّة التجاريّة ، وأهمّ ما يميّزها أنّ المبالغ التي تسلّم للبنك تنتقل ملكيّتها إليه، ولا يُلزم بردّها عيناً إذ يحقّ له التصرّف بها في نشاطه المهني بدون إذن المستودع (الفصل 670 م.ت.).

وفي هذا يختلف عن عقد الوديعة في القانون المدني[3]، الذي ميّز بين النّقود المظروفة أو المختومة من جهة، والنّقود غير المظروفة أوالمختومة من جهة أخرى، إذ ينصّ الفصل 997 م.إ.ع. على أنّه : «إذا كانت الوديعة نقداً أو أوراق بنوك أو غيرها من الأوراق المالية القائمة مقام النّقود، ولم تكن عند إيداعها مظروفة أو مختوماً عليها، حُمل المستودع على أنّه مأذون بالانتفاع بها، ما لم يقم دليل على خلاف ذلك. وعليه ضمانها».

- عقود إيداع الصّكوك : هي العقود المُعرّفة بالفصل 689 م.ت. الذي ينصّ على أن : «وديعة السّندات هي التي يكون فيها موضوع التّعاقد مُختصّاً بقيم منقولة»[4].

فالتّاجر الذي يودع أوراقاً ماليّة في البنك يكون قد أجرى عملاً تجارياً بالتبعيّة إذا كانت هذه الأوراق مرتبطة بتجارته .

---

(1) - انظر ، سلمان بوذياب ، اقتصاديات النّقود والبنوك ، المؤسّسة الجامعية للدراسات والنشر والتّوزيع ، بيروت ، ط. 1 ، 1996 ، ص 111 وما ب.

(2) - انظر ، علي البارودي ، العقود وعمليات البنوك التجاريّة ، مرجع سابق ، ص 273.

(3) - انظر ، نجيبة نفّاز ، عقد الوديعة في القانون المدني ، مذكرة للإحراز على شهادة الدراسات المعمّقة ، كليّة الحقوق والعلوم السياسيّة ، تونس ، 1993-1994 ، ص 2 وما ب.

(4) - Cf., Maurice JOCARD, du dépôt de titres en banque, Op. Cit., p. 9 et suiv.

ويجب على البنك قبض الفوائض والأرباح الواردة على رأس المال، وبوجه عام جميع المبالغ التي تكون مستحقّة بموجب السّندات المودَعة (فصل 692 م.ت.) وهو ملزمٌ بالحفاظ على السّندات والعناية بها (فصل 691 م.ت.)، ومباشرة العمليات التي من شأنها المحافظة على الحقوق المتّصلة بها .

بالرّجوع إلى الباب الثالث من قانون إعادة تنظيم السّوق المالية لسنة 1994 ، نجد أنّ المشرّع التّونسي فرض على وسطاء البورصة تكوين شركة مهنيّة مختصّة بالإيداع والمقاصة والتّسوية، تكون على شكل شركة خفيّة الاسم (فصل 77 من هذا القانون). وقد نصّ الفصل 78 من نفس القانون على أنّه : «يمكن لشركة الإيداع والمقاصة والتّسوية تلقّي إيداعات الأوراق المالية بمقتضى عقود.... ».

وهذه الشركة تعدّ من المؤسّسات المالية التي تخضع لقانون تنظيم مهنة البنوك وخصوصاً الفصل 2 منه[1] .

- التّحويل المصرفي Le virement bancaire : هي «صيغة فنّية ماليّة تسمح بتحويل مبلغ من النّقود من حساب إلى آخر، بمجرّد إجراء عمليّة قيد في كلّ من الحسابين »[2].

نظّم المشرّع التّونسي عقد التّحويل بالبنوك في الفصول 678 إلى 688 من المجلّة التجاريّة ، وقد عرّفه بالفصل 678 بكونه : «عمليّة مصرفيّة يتمّ بمقتضاها انقاص حساب الآمر عن امره الكتابي بقدر مبلغ معيّن، يؤول إلى تقييده في حساب آخر بالإضافة إلى ما ترتّب له من ديون...».

---

(1) - يمكن اعتبار شركات استخلاص الدّيون المنظّمة بالقانون عدد 4 لسنة 1998 ، ايضاً من المؤسّسات المالية الخاضعة للفصل الثّاني من قانون تنظيم مهنة البنوك، لأنّ الفصل 3 من قانون شركات استخلاص الدّيون يجيز لها استخلاص الدّيون لحساب الغير. وهذا يعني أنّ التّاجر الذي يلجأ إلى هذه الشّركات لتستخلص له ديونه، يكون قد أجرى عقداً تجارياً بالتّبعيّة إذا كانت ديونه تلك متعلّقة بتجارته .

(2) - محمود سمير الشّرقاوي ، القانون التّجاري ، مرجع سابق ، ص 221.

- Cf., Jean-Paul MICAELLI, LE VIREMENT: Sa nature juridique et ses incidences, Thèse pour le Doctorat, Univ. Aix, 1963, p. 14 et suiv.

وتُحقّق تقنية التّحويل إنجاز نقل مبالغ نقدية بين حسابين لشخص واحد أو بين حسابي شخصين ، في نفس البنك أو لدى بنكين مختلفين[1].

وكلّما أبرم تاجر عمليّة تحويل خاصّة بتجارته، يكون قد أنجز عملاً تجارياً بالتبعيّة ترتّبت عليه كلّ الالتزامات التي يفرضها القانون التّجاري فيما يتعلّق بهذا النوع من العقود.

- الحساب الجاري Le compte courant : عُرِّف عقد الحساب الجاري بالفصل 728 م.ت. الّذي ينصّ على أنّه : «يتكوّن حسابٌ جارٍ كلّما اتّفق شخصان بينهما معاملة مسترسلة، على أن يدخلا في حساب بطريق دفعات القبض التي يقدّمها كلّ منهما للآخر، بما لا تكون معه قابلة للتّفكيك الدّيون المترتّبة لكليهما والمتولّدة عن عمليات يجريانها مع بعضهما، على أن يعتمدا عوضاً عن تخصيص كلّ عمليّة يجريانها بتسوية على انفراد ، تتكرّر بتكرّر التّعامل بينهما بتسوية نهائيّة واحدة تكون منوطة بفاضل الحساب عند قفله...».

الملاحظ من هذا الفصل أنّ الحساب الجاري يمثّل وسيلة جيّدة لتسهيل تسوية الدّيون، التي تترتّب لشخصين بينهما معاملات مسترسلة ومتبادلة[2].

وبالرّجوع إلى الفصل 731 م.ت. نجد أنّه ينصّ على أنّه : «يكون الحساب الجاري عقداً مدنياً أو تجارياً باعتبار صفة الطّرفين، وكلّ دفعة من دفعات القبض تتكيّف بصبغة الحساب المقيّدة فيه».

وهو ما يؤكّد تجاريّة هذا العقد بالنّسبة للتّاجر الذي يفتح الحساب لحاجات تجارته .

وإذا كانت عمليّة الحساب الجاري قائمة بين تاجرين ومتعلّقة بشؤون تجارتَيْهما وتمّ فتحها عن طريق أحد البنوك ، فالعقد تجاري بالنّسبة لكلّ الأطراف. لأنّه عقد تجاري أصلي للبنك لأنّه يقوم بدور وسيط بنكي ويقدّم خدمة بنكيّة لأطراف العقد . وهو عقد تجاري بالتّبعيّة بالنّسبة للتاجرين.

---

(1) - Cf., Sadok KNANI, Le virement bancaire , Mémoire D.E.A. (Droit privé Général), Fac. Dr. Scien.Pol. Eco., Tunis, 1984 - 1985, p. 35 et suiv.

(2) - عماد بوخريص ، عقد الحساب الجاري ، رسالة تخرّج من المعهد الأعلى للقضاء ، وزارة العدل، تونس ، 1992 - 1993 ، ص 8.

- Cf., Taoufik BEN NASR, Eléments de Droit bancaire Tunisien, Cours pour 1ère année D.E.A. (Dr. Priv.) , Fac. Dr. Scien. , Pol. , Tunis, 1995-1996 , p. 194.

أما إذا كانت العمليّة قائمة بين تاجر وبنك ، فإنّ دور البنك كطرف أساسي في العقد لا يكون الوساطة، وإنّما الإقراض وغيره من العمليات الائتمانيّة . «وكثيراً ما تدقّ التّفرقة في مثل هذه الحالة بين الحساب الجاري وحساب الودائع، عندما يكون من حقّ العميل إيداع وسحب ماشاء من المبالغ في أيّ وقت ... والفارق الجوهري بين النوعين من الحسابات : الحساب الجاري وحساب الودائع أنّ الحقوق والدّيون النّاشئة عن علاقات البنك بالتّاجر تفقد ذاتيها عند قيدها في الحساب الجاري لتصبح مجرّد بند من بنوده، في حين تظلّ كافّة عمليات الإيداع والسّحب في حساب الودائع مستقلّة بذاتها لا تندمج فيما بينها...»[1].

- كراء الصناديق الحديديّة Location de coffre-fort : ويُعرّفه الفصل 698 من المجلّة التجاريّة الذي ينصّ على : «أنّ عقد كراء الصّناديق الحديديّة هو العقد الذي بمقتضاه يضع البنك تحت تصرّف المُكتري صندوقاً أو بيتاً منه، مدّة معيّنة بعوض»[2].

ويلتزم البنك بحراسة وحفظ الصّناديق المُكراة ومراقبتها (فصل 699 م.ت.)، ويعدّ العقد بالنّسبة للمُكتري عقداً تجارياً بالتبعيّة إذا كان تاجراً وإبرامه لحاجات تجارته . أمّا إذا كان لحفظ مقتنياته الشخصيّة أو العائليّة، فلا يعتبر عملاً تجارياً .

- عقود تسهيل بعث المؤسّسات أو تطويرها : بالرّجوع إلى الفقرة الأخيرة من الفصل 2 من قانون تنظيم البنوك[3]، نجد أنّها أدخلت أنشطة جديدة للبنوك، إذ تنصّ على أنّه: «يمكن للبنوك كذلك القيام بعمليات مرتبطة بنشاطها، مثل

---

(1) - هاني محمد دويدار، العقود التجاريّة والعمليات المصرفيّة ، مرجع سابق ، ص 178.
- انظر ، أحمد محمود جمعة ، مبدأ عدم تجزئة مفردات الحساب الجاري في الفقه والقضاء (دراسة مقارنة) ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1980 ، ص 17 وماب.
- Cf., RIVES-LANGE et CONTAMINE - RAYNAUD, Droit bancaire, Op. Cit., n°184, pp. 173 et 174.

(2) - انظر ، محمد حسن الجبر ، العقود التجاريّة وعمليات البنوك في المملكة العربيّة السعوديّة، مرجع سابق ، ص 275 وماب .

(3) - أضيفت هذه الفقرة بموجب القانون عدد 25 لسنة 1994 المتعلّق بتنقيح القانون المنظّم لمهنة البنوك .

الاستشارات والمساعدة في التصرّف في الممتلكات وفي التصرّف المالي والهندسة المالية ، وبصفة عامّة كلّ الخدمات الّتي تهدف إلى تسهيل بعث المؤسّسات وتطويرها وإعادة هيكلتها »[1] .

والتّاجر الّذي يلجأ إلى أحد البنوك طالباً المشورة أوالمساعدة، يكون قد قام بعمل تجاري، لأنّ هذه العمليّة التي يقوم بها البنك مرتبطة بنشاطه التّجاري ويسعى التّاجر من خلالها إلى تطوير مؤسّسته أو إعادة هيكلتها.

تثور الإشكاليّة فيما يخصّ الشّخص الّذي يلجأ إلى أحد البنوك طالباً المساعدة في بعث مؤسّسة تجاريّة. فهل تعتبر هذه العمليّة تجاريّة بالنّسبة له إن رغم أنّه لم يصبح تاجراً بعد ؟

يمكن هنا الاستناد إلى فكرة التّاجر المستقبلي واعتبار هذه العمليّة ذات صبغة تجاريّة بالنّسبة له، وبالخصوص إذا تمّ إنشاء هذه المؤسّسة فعلاً (سواء كانت مؤسّسة فرديّة أو شركة). وبالتّالي تنشأ التزامات تجاريّة على عاتق هذا التّاجر المستقبلي .

2 - عقود الائتمان :

هي العقود الّتي يُقدّم فيها البنك لحرفائه قروضاً أو اعتمادات ، ويُعدّ دور البنك في الائتمان من أهمّ الأدوار التي يؤدّيها في الحياة الاقتصاديّة، ويعتمد فيه على جميع موارده ، بل قد يتجاوز جميع موارده ويمنح الوعود بنقود لا يملكها عند إبرام عقد الائتمان .

وصور الائتمان متطوّرة لا تكاد تقع تحت حصر، تبعاً لما يبتدعه العمل المصرفي وتقتضيه حاجات التّجارة[2] ويصعب ضبط هذه الصّور، لذا سنقتصر على أهمّها :

- عقود القرض : قد يلجأ التّاجر إلى البنك طالباً قرضاً ليستعمله في نشاطه التّجاري ، فيكون قد قام بعمل تجاري بالتبعيّة ، أمّا البنك فقد قام

---

(1) - Cf., Yahya LASSOUED, Op. Cit., p. 124 et suiv.

(2) - علي البارودي ، العقود وعمليات البنوك التجاريّة، مرجع سابق ، ص 296 و297.

بعمل تجاري أصلي لأنّه يمارس أحد أنشطته الرّئيسة[1].

يعتبر القرض أبسط صور الائتمان المصرفي، إذ يقتضي قيام البنك المُقرض بتسليم النّقود المُقرضَة للعميل بمجرّد إبرام العقد[2] . وغالباً ما يكون القرض موثوقاً بسندات Avances sur titres [3] أوبغيرها من الضّمانات.
والقروض البنكيّة قد تكون قصيرة الأجل[4] أو متوسّطة[5] أوطويلة[6].

بالرّجوع إلى الفصل السّادس من القانون عدد 89 لسنة 1994 المتعلّق بالإيجار المالي[7] ، نجد أنّه يعتبر هذا النّوع من العقود المتشعّبة مُصنّفة من القروض، إذ ينصّ على أنّه : «تعتبر عمليات الإيجار المالي شكلاً من أشكال القروض المنصوص عليها بالقانون عدد 51 لسنة 1967 المؤرّخ في 7 ديسمبر 1967 والمنظّم لمهنة البنوك والنّصوص المنقّحة والمتمّمة له...».

---

(1) – انظر ، منير بلعيد ، حماية المُقترض في عقد القرض بفائض ، مذكّرة شهادة الدّراسات المعمّقة، كليّة الحقوق والعلوم السياسيّة والاقتصاديّة بسوسة ، جامعة الوسط ، 1991 – 1992، ص 16.

(2) – أنظر، محمد حسن الجبر ، العقود التجاريّة وعمليات البنوك في المملكة العربيّة السعوديّة، مرجع سابق ، ص 297 وما ب.

(3) – عبّر الفصل 707 م.ت. عنها بالسّلفات الموثوقة بسندات، إذ يلتزم البنك فيها بمنح قرض نقدي بضمان رهن على سندات مملوكة للمستفيد من القرض أو لشخص آخر بموافقته، وإذا تخلّف المستفيد عن الوفاء يجوز للبنك استنضاض السّندات (فصل 709 م.ت.).

(4) – انظر ، عبد الحميد الزيدي ، التّمويل البنكي النّقدي القصير الأجل ، عالم الكتاب ، تونس، 1998، ص 15 وماب.

(5) – انظر ، خير الدّين الآجري ، المختصر الشّامل لتقنيات القروض البنكيّة وعمليات الخصم ، (تحيين الحبيب بديرة)، دار اسهامات في أدبيات المؤسّسة ، تونس ، 1996 ، ص 30 وماب.

(6) – قُسّمت القروض البنكيّة على مختلف أصناف البنوك، بموجب الفصلين 5 و6 من قانون تنظيم مهنة البنوك، فكانت غالبيّة القروض قصيرة الأجل من اختصاص بنوك الإيداع، بينما تكون غالبيّة القروض المتوسّطة والطّويلة من اختصاص بنوك التّمويل.

(7) – القانون عدد 89 مؤرّخ في 26 جويلية 1994 ، رائد رسمي. عدد 60 مؤرّخ في 2 أوت 1994، ص 1343.

وقد عرّف الفصل الأول من نفس القانون الإيجار المالي بأنّه : «عمليّة إيجار تجهيزات أو معدّات أو عقارات مقتناة أو منجزة لغرض الإيجار من قبل المؤجر الّذي يبقى مالكاً لها ، معدّة للاستعمال في الأنشطة المهنيّة أوالتجاريّة أوالصناعيّة أوالفلاحيّة أوالصّيد البحري أو في الخدمات .

ويتمّ الإيجار المالي بمقتضى عقد كتابي لمدّة محدّدة ومقابل معلوم معيّن، ويخوّل للمستأجر اقتناء تلك التّجهيزات أو المعدّات أو العقارات أو البعض منها في نهاية أمد الإيجار مقابل ثمن متّفق عليه، يأخذ بعين الاعتبار – على الأقلّ في جزء منه – المبالغ المدفوعة بعنوان الإيجار.

ويمكن للمستأجر اقتناء تلك التّجهيزات أو المعدّات أو العقارات أوالبعض منها خلال مدّة الإيجار باتّفاق مع المؤجّر»[1].

الملاحظ من هذا الفصل أنّ عقد الإيجار المالي لا يتمّ إلا كتابياً تحت طائلة البطلان، وهو عقد له خصوصيّته، لأنّه متميّز عن الكراء العادي أو البيع[2]، وحتى عن القرض بالمفهوم التّقليدي . وهو تقنية مركّبة تعتمد الإيجار كوسيلة للحصول على القروض يضمنها حقّ الملكيّة كتأمين[3].

– عقود الاعتماد :

ينصّ الفصل 705 م.ت. على : «أنّ فتح الاعتماد يقتضي وضع وسائل للدّفع، إلى حدّ مبلغ معيّن من النّقود تحت تصرّف المستفيد مباشرة أو بواسطة.

---

(1) - Cf., Abdessattar KHOUILDI, Le leasing en Droit Tunisien : Essai d'analyse technique et juridique , R.J.L. Decembre 1995, p. 5 et suiv.

(2) - Cf., Iyadh B'CHIR, Le contrat de leasing (credit-bail), mémoire pour D.E.A., Fac. Dr.Scien. Pol. Tunis, 1989-1990, p. 6 et suiv.

(3) – انظر ، ناجية حسني ، الملكية كتامين في القانون المدني ، رسالة بحث لنيل شهادة الدّراسات المعمّقة في القانون الخاصّ ، كليّة الحقوق والعلوم السياسية بتونس ، 1996 – 1997 ، ص 146 وما ب.

– أيضاً ، نبيل بن عبد الله ، عقد الإيجار المالي أو عقد الليزنغ ، الملتقى الجهوي بالمنستير (العقود التجاريّة)، مرجع سابق ، ص 64 وما ب.

- Cf., MALAURIE et AYNÈS, Op. Cit., T. 8 , p. 444 et suiv.

يكون منح الاعتماد حاصلاً بصورة محدودة أو غير محدودة بأجل ، وفي هذه الصّورة الأخيرة يمكن للبنك الرّجوع فيه بمحضّ إرادته، ولكن يجب عليه التّنبيه بذلك...»[1].

بالمقارنة بين عقد الاعتماد وعقد القرض نجد تشابهاً كبيراً بينهما، إلاّ أنّ البنك في فتح الاعتماد لا يسلّم للعميل مبلغاً من النّقود كما هو الحال في عقد القرض، وإنّما يتعهّد بأن يضع هذا المبلغ تحت تصرّف ذلك العميل، الّذي قد يسحبه كلياً أوجزئياً حسب حاجته. وهذا يعني أنّ فكرة فتح الاعتماد أشمل وأوسع من فكرة القرض[2].

وغالباً ما يقترن فتح الاعتماد البسيط بحساب جار، فيرتبط العقدان ببعضهما، وتتقاصى مدفوعات العميل مع مبلغ الاعتماد باستمرار حتى تاريخ قفل الحساب الجاري[3].

يجوز للبنك الرّجوع في اتّفاق فتح الاعتماد[4] بإرادته المنفردة، إذا كان فتح الاعتماد غير محدّد بأجل بشرط أن ينبّه العميل المستفيد من الاعتماد خلال ثمانية أيّام بمكتوب مضمون الوصول (فصل 705 م.ت.).

أمّا إذا كان الاعتماد محدّد المدّة، فلا يجوز الرّجوع فيه إلا في الحالات المنصوص عليها بالفصل 706 م.ت.[5].

---

(1) - Cf., Bernard DARTIGUELONGUE, L'ouverture de crédit, Thèse pour Doctorat, Fac. Dr. Paris, 1938, Les presses Modernes, Paris, 1938, p. 8 et suiv.

(2) – انظر ، علي البارودي ، العقود وعمليات البنوك التجاريّة ، مرجع سابق ، ص 365 وما ب.
– أيضاً ، كمال الورغي ، فتح الاعتماد البنكي ، قت. أكتوبر 1995 ، ص 264.
– أيضاً ، حافظ بالحاج والحبيب الحاج ، فتح الاعتماد ، الملتقى الجهوي بالمنستير (العقود التجاريّة). مرجع سابق ، ص 32 وما ب.

(3) – محمد حسن الجبر ، العقود التجاريّة ...، مرجع سابق ، ص 302 .
– انظر ، نور الدين بسرور ، خواطر حول مسؤوليّة البنك في غلق الحساب الجاري في القانون التّونسي ، مج.قا.تو. 1986 ، (بحوث ودراسات) ، ص 11 وما ب.

(4) - Cf., Noureddine BESROUR, La révocation de la convention d'ouverture de crédit, Mémoire D.E.A., Fac. Dr.Scien. Pol. Econ. Tunis, 1984-1985, p. 17 et suiv.

(5) – ينصّ الفصل 706 م.ت. على أنّه : «يجوز قانوناً الرجوع في فتح الاعتماد قبل الأجل المتّفق عليه، إذا توفّي المستفيد أو طرأ عليه ما يفقده أهليّته، أو إذا صار مشهوراً بالتّوقّف عن دفع ديونه ولو لم يثبت هذا التوقّف بحكم، أو إذاارتكب خطأً فاحشاً في استعمال الاعتماد الممنوح له».

وإلى جانب الاعتماد البسيط يوجد نوع آخر أكثر تعقيداً منه هو الاعتماد الموثّق Crédit documentaire ، الذي يعرّفه الفصل 720 م.ت. بكونه : «الاعتماد الذي يفتحه أحد البنوك بطلب من شخص آخر لفائدة عميل له، ويكون مضموناً بحيازة الوثائق المتمثّلة فيها البضائع أثناء نقلها أو البضائع المعدّة للنّقل.

إنّ الاعتماد الموثّق ينشأ مستقلاً عن عقد البيع، الذي يمكن أن يكون أصلاً لتكوينه وتبقى البنوك أجنبيّة عنه»[1].

ويختلف الاعتماد الموثّق عن الاعتماد البسيط في أنّ العلاقة في فتح الاعتماد البسيط تنحصر بين المصرف وعميله، في حين أنّ العلاقة ثلاثيّة على الأقلّ في الاعتماد الموثق، إذ يطلب العميل (الآمر) من مصرفه أن يلتزم تجاه شخص ثالث (المستفيد) - وهو غالباً مُصدّر بضاعة للآمر - بدفع ثمن البضاعة (وهذا الاعتماد منتشر بكثرة في البيوع الدوليّة)[2]. فيطلب المصرف من أحد فروعه أو مصرف عميل له في بلد البائع أن يدفع المبلغ له، مقابل استلام الوثائق التي تُمثّل البضاعة وغيرها من مستندات متّفق عليها ، بعد التأكّد من مطابقة هذه الوثائق لتعليمات الآمر[3].

---

(1) - انظر، موريس نصر ، محاضرات في الاعتماد المستندي (الاعتماد الموثّق) ، قت. ماي 1962، ص 5 وما ب.
- أيضاً ، خير الدّين الآجري ، الجامع للقوانين الخاصّة بعمليات البنوك ، مرجع سابق ، ص134 وما ب.

(2) - أصدرت غرفة التّجارة الدوليّة C.C.I القواعد والعادات الموحّدة .R.U.U الخاصة بالاعتمادات الموثقة سنة 1933 بمؤتمر فينا، لتنطبق على الاعتمادات الدولية. وتمّ تعديلها عدّة مرّات كان آخرها التعديل الصادر سنة 1993 تحت عدد 500.
- انظر ، مُحيّ الدّين اسماعيل ، الاعتماد المستندي في الفقه والقضاء والعمل (الناشر وسنة النشر غير معروفين) ، ملحق عدد 1، ص 264 وماب.
- أيضاً ، أحمد محمود حسني ، البيوع البحريّة (دراسة لعقود التّجارة البحريّة الدوليّة سيف وفوب)، منشاة المعارف ، الاسكندريّة ، 1983 ، ملحق عدد 3 ، ص 549 وما ب.
- أيضاً ، جعفر الجزّار ، العمليات البنكيّة ، مرجع سابق ، ص 99 وما ب.

(3) - أهمّ الوثائق المُرفقة :
- وثيقة الشّحن
- الفاتورة
- وثيقة التّامين
- شهادة المنشأ
- قوائم الوزن
- كشف مصاريف النقل .

بالرّجوع إلى الفصل 722 م.ت. نجده ينصّ على أنّه : «يجوز أن يكون الاعتماد الموثق قابلاً للرّجوع فيه أو غير قابل له .

كلّ اعتماد يعتبر غير قابل للرّجوع فيه ، إلا إذا نصّ شرط صريح على خلافه».

والاعتمادات البنكية كثيرة الصّور، حتى إنّها تظهر أحياناً بشكل ضمان للالتزام التّجاري بمجرّد التّوقيع[1] ، كالكفالة البنكيّة والضّمان لأوّل طلب[2] والضّمان الاحتياطي، أوباتفاقات شفوية كتسهيلات بالدّفع[3] وغيرها ...

ومهما كان شكل الائتمان الذي يحصل عليه التّاجر من البنوك، فإنّه يقوم من خلال ذلك بعمل تجاري بالتبعيّة، إذا تعلّقت العمليّة بتجارته استناداً لنظريّة التبعيّة الشخصيّة .

إلى جانب العقود البنكيّة يقوم التجّار أيضاً بإبرام عديد العقود غير البنكيّة، وتكتسي الصّبغة التجاريّة بالتبعيّة، لأنّ من قام بها له صفة التّاجر ولحاجات تجارته .

ب - العقود غير البنكيّة :

نظراً لكثرة أنواع هذه العقود وتشابهها مع العقود المدنية عموماً، يتّجه التّعريف ببعض العقود التي لها الأهمّية والخصوصيّة - إمّا لنشوئها في الميدان التّجاري أو لانتشارها بين التجّار- كنماذج للعقود الّتي تكتسب صبغتها التجاريّة بالتبعيّة الشخصيّة .

---

(1) - Cf., Sid Ahmed OULD RAISS, Les crédits bancaires par signature, mémoire D.E.A. (Dr. Priv. Gén.), Fac. Dr. Scien. Pol., Tunis, 1990-1991, p. 7 et suiv.

(2) - Cf., Habib BELAIBA, La garantie bancaire à première demande dans le commerce international, mémoire D.E.S., (Droit du commerce international), Fac. Scien. jurid. pol. soc., Univ. Tunis, 1987 - 1988, p. 7 et suiv.
- Cf., Taoufik BEN NASR, Eléments de Droit bancaire Tunisien, Op. Cit., p. 107 et suiv.

- انظر أيضاً، نبيل بن عبد الله، الضّمان عند أول طلب، قت. اكتوبر 1992 ، ص 203 وماب.

(3) - انظر ، اعتدال مسعود ، تسهيلات الدّفع والشيك بدون رصيد ، مذكرة شهادة الدراسات المعمّقة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسيّة بتونس، 1995-1996، ص 10 وماب.

هذه العقود قد ترد على الملكيّة، كالبيوع والأكرية، أو أنّها لا تردّ على الملكيّة، كعقود النّقل وغيرها من عقود الخدمات .

وكما هو الحال في الميدان المدني يوجد من هذه العقود التجاريّة ما هو منظّم بأحكام قانونيّة ونصوص خاصّة بها (عقود مسماة)[1]. ومنها ما لا يمكن تصنيفه بين هذه العقود المسماة، ابتكرها الميدان التّجاري استجابةً لحاجة جديدة أملتها ضرورات التبادل التّجاري (عقود غير مسماة)[2]. ومن هنا تظهر صعوبة ضبط كلّ العقود المستعملة في الميدان التّجاري.

1 - البيوعات التجاريّة :

يعدّ البيع من أهمّ العقود المتداولة وأكثرها انتشاراً [3]، وهو من العقود المسمّاة[4] التي نظّمها المشرّع التّونسي في مجلّة الالتزامات والعقود وبعض النّصوص التشريعيّة المتفرّقة في قوانين خاصّة أو مجلاّت أخرى.

يُعرف الفصل 564 م.إ.ع. البيع بكونه : «عقد تنتقل به ملكيّة شيء أوحقّ من أحد المتعاقدين للآخر بثمن يلتزم به».

ويعتبر عقداً تجارياً بالتبعيّة كلّ عقد بيع يبرمه التّاجر لحاجات تجارته سواء كان بائعاً أومشترياً فيه ، كشراء مواد أوليّة أو بيع صاحب المصنع لآلات قديمة وغير ذلك ...

ولا داعي للتعرّض للأحكام العامّة للبيع التّجاري[5]، لتشابهها بأحكام

---

(1) - انظر، محمود مرشحة وفارس سلطان ، القانون المدني (العقود المسماة)، كليّة الحقوق بجامعة حلب ، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعيّة ، 1990 ، ص 11 وما ب.

(2) - قد ينتشر العقد غير المسمّى ويزداد استعماله، فيتدخّل المشرّع لتنظيمه بأحكام خاصّة به عندها يتحوّل إلى عقد مسمّى .

(3) - عبد الله الأحمدي ، قانون مدني (العقود الخاصّة) ، ج. 1 (البيع) ، الخدمات العامّة للنّشر، تونس ، 1997 ، ص 13.

- Cf., Jacques GHESTIN et Bernard DESCHÉ, Traité des contrats (La vente), L.G.D.J., Paris, 1990, p. 42 et suiv.

(4) - انظر ، توفيق حسن فرج ، عقد البيع والمقايضة ، مؤسّسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية ، 1979 ، ص 6 وما ب.

(5) - Cf., Alain CROSIO, Le contrat de vente en Droit commercial, L.G.D.J., Paris 1989, p. 17 et suiv.

- aussi, J. ESCARRA et E. ESCARRA et J. RAULT, Op. Cit., (Les contrats commerciaux), T. 1, Par HEMARD, 1953, p. 29 et suiv.

البيع المدني عموماً، ويكفي هنا التّعريف ببعض أنواع وأشكال البيوع الخاصّة[1]، التي يمكن للتجّار إبرامها وتكتسي الصّبغة التجاريّة بالتبعيّة الشخصيّة.

- **البُيوع التجاريّة الدوليّة** : هي البُيوع التي تخضع لقواعد وأحكام القانون الدّولي الخاصّ ، وغالباً ما تنظّمها اتّفاقات دوليّة جماعيّة أوثنائيّة، مثل اتفاقيّة الأمم المتّحدة المتعلّقة بالعقود الدوليّة لبيع البضائع[2] والمعروفة باسم (اتفاقيّة فينّا 1980).

بالرّجوع إلى الفقرة الثّالثة من الفصل الأوّل من هذه الاتفاقيّة، نجد أنّها لا تهتمّ بالصّبغة المدنيّة أو التجاريّة للعقد لتحديد نطاق تطبيقها[3] ، «ومع ذلك فإنّ البيوع الدوليّة التي تتعلّق بالبضائع غالباً ما تجري بين تجّار ولأغراض تجارية...»[4] ، وهذا يعني أنّ التّاجر الّذي يبرم عقد بيع دولي لأغراض تجارته - كأن يستورد بعض المعدّات والتّجهيزات اللاّزمة لتجارته - هو عقد تجاري دولي، وهو تجاري بالتبعيّة بالنّسبة للتّاجر، وتُطبّق عليه قواعد القانون الدّولي الخاصّ التّونسي. والنّزاعات التي تنشأ بشأنه تطبّق عليها قواعد الإسناد لمعرفة القانون واجب التّطبيق[5] (أحكام اتفاقية فِيِنّا أو أحكام القانون التّونسي

---

(1) - انظر، الياس ناصيف ، موسوعة العقود المدنية والتجاريّة (تسعة أجزاء)،ج. 9 (البيوع الخاصة)، الناشر وعاصمة النشر غير معروفين ، 1997 ، ص 131 وماب.
- أيضاً ، سمير الفتلاوي ، مرجع سابق، ص 20 وماب.

(2) - اجتمعت لجنة الأمم المتّحدة لقانون التّجارة الدّولية (CNUDCI) في فينّا، بحضور ممثلين عن 62 دولة (من بينها تونس). وأقرّت الاتّفاقية في 1980/4/11 ، وتمّت المصادقة عليها حتى تاريخ 1986/12/11 من طرف 10 دول. وبذلك أصبحت نافذة بالنّسبة لهذه الدّول ابتداءً من 1988/1/1. وهي مؤلفة من 101 فصلاً ، ومكوّنة من جزئين . الأول : خاص بتكوين العقد والثاني: بآثار العقد. وهي تتويج لجهود خمسين عاماً لتوحيد أحكام البيع الدّولي.
- الياس ناصيف ، موسوعة العقود المدنيّة والتجاريّة، نفس المرجع، ج. 9، ص 521 وماب.

(3) - تنصّ الفقرة الثالثة من الفصل الأول من اتّفاقية فينّا على أنّه : «لا تؤخذ بعين الاعتبار جنسيّة الأطراف، ولا الصّفة المدنيّة أو التجاريّة للأطراف أو العقد في تحديد تطبيق هذه الاتّفاقية».

(4) - الياس ناصيف ، موسوعة العقود المدنيّة والتجاريّة، نفس المرجع ، ج. 9 ، ص 544.

(5) - ينصّ الفصل 62 من مجلة القانون الدولي الخاص لسنة 1998 على أنه : «يخضع العقد للقانون الذي تُعيّنه الأطراف، وإذا لم تحدّد الأطراف القانون المنطبق يُعتمد قانون الدولة التي يوجد بها مقرّ الطرف الذي يكون التزامه مؤثّراً في تكييف العقد أو مقرّ مؤسسته، إذا كان العقد قد أبرم في نطاق نشاط مهني أو تجاري».

أوقانون آخر أوالمبادئ العامّة لقانون السّوق)[1].

وقد ظهرت في البيوع الدوليّة عقود نموذجيّة، وضعتها منظّمات متخصّصة، في محاولةٍ لتوحيد أحكام البيوع الدوليّة، كالعقود التي وضعتها جمعيّة لندن لتجارة الحبوب London Corn Trade Association . أو جمعيّة لفربول للقطن The liver pool cotton Association [2] .

كما ظهرت أنواع كثيرة من العقود التجاريّة الدوليّة في ميدان البيوع البحريّة[3] كالبيع سيف CIF[4]، والبيع فوب FOB[5]، والبيع فاص FAS[6] وغيرها.

تعرّضت مجلّة التّجارة البحريّة التونسيّة لتعريف البيع البحري صلب الفصل 227 منها ، الذي ينصّ على أنّ : «البيع البحري هو بيع بضاعة مُعدّة للنّقل بحراً أو بصدد النّقل، يلتزم فيه البائع بأن يسلّم في ميناء الشّحن أوميناء التّفريغ وفي الآجال المحدّدة بضاعة معيّنة نوعاً وكمّية .
وهذا البيع يقتضي الالتزام بتسليم الوثائق التي ينصّ عليها اتّفاق الطّرفين أو القانون أو العُرف».

---

(1) - Cf., Osman FILALI, Les principes généraux de la lex mercatoria, L.G.D.J., Paris, 1992, p. 18 et suiv.

(2) – انظر، لطيف جبر كوماني ، القانون البحري ، مرجع سابق ، ص 165.

(3) – انظر ، فياض عبيد ، البيوع البحريّة والاعتماد المستندي ، ج. 1 ، معهد البحوث والدّراسات العربيّة ، القاهرة، 1971 ، ص 9 وماب.
– انظر أيضاً ، أحمد حسني ، البيوع البحريّة (دراسة لعقود التّجارة البحريّة الدوليّة سيف وفوب)، مرجع سابق ، ص 17 وماب.
– أيضاً ، شكري حبيب جيد ، التّعاقد والشّراء ، دار الكاتب العربي للطّباعة والنّشر ، القاهرة، (طبعة غير مؤرّخة) ، ص 175 وماب.

(4) – CIF اختصاراً للكلمات الإنكليزية Cost-Insurance-Freight ، ويُطلق عليه أحياناً CAF اختصاراً للكلمات الفرنسيّة Coût-Assurance-Fret .

(5) – FOB اختصاراً للعبارة الإنكليزيّة Free on Board .

(6) – FAS اختصاراً للعبارة الإنكليزيّة Free Alongside Ship .

المُلاحظ أنّ هذا الفصل يُميّز بين نوعين من البيوع البحريّة، الأوّل يمكن أن نطلق عليه اسم البيع في ميناء الشّحن (ميناء المغادرة) ،والثاني البيع في ميناء التّفريغ (ميناء الوصول)[1].

وقد تعرّضت المجلّة التجاريّة البحريّة التونسيّة لثلاثة أشكال من البيوع بالشّحن، التي تتميّز بتحمّل المشتري لمصاريف الشّحن والنقل والتفريغ (فصل 229 م.ت.ب.)، وهي البيع فوب FOB والبيع فاص FAS (فصل 230 م.ت.ب)[2] والبيع سيف CIF (الفصل 231) [3] .

أمّا البيوع بالتّفريغ فهي البيوع البحريّة التي يتحمّل فيها البائع مصاريف الشّحن والنّقل والتّفريغ ... (فصل 232 م.ت.ب.) وهي عدّة أشكال. أهمّها المعدّدة بالفصل 233 م.ت.ب، الّذي ينصّ على أنّ : «البيع (بسفينة معيّنة) أو (بسفينة ستُعيّن فيما بعد) أو (بالوصول إلى برّ السّلامة) هو نوع من أنواع بيع البضاعة بالتّفريغ، يلتزم فيه البائع بأن يُعيّن حالاً أو في أجل معيّن السّفينة التي شحنت أو ستُشحن عليها البضاعة...».

---

(1) – انظر، هشام فرعون، القانون التّجاري البحري،مرجع سابق،ط.2، 1990–1991،ص 203 وماب.

– أيضاً، خير الدين الآجري، الجامع للقوانين الخاصّة بعمليات البنوك، مرجع سابق،ص 134 وماب.

- Cf., René RODIÈRE et Emmanuel DU PONTAVICE, Droit maritime, Op. Cit., p.417 et suiv.

(2) – ينصّ الفصل 230 م.ت.ب. على أنّ : «البيع المعروف بـ فوب FOB هو نوع من أنواع بيع البضاعة بالشّحن، يلتزم فيه البائع بتسليم البضاعة محرّرة من جميع التّكاليف على ظهر السّفينة .

والبيع المعروف بـ فاص FAS هو نوع آخر من أنواع بيع البضاعة بالشّحن، يتعهّد فيه البائع بتسليم البضاعة محرّرة من جميع التّكاليف على رصيف الشّحن وإلى جانب السّفينة...».

(3) – ينصّ الفصل 231 م.ت.ب على أنّ : «البيع المعروف بسيف CIF أو كاف CAF هو أيضاً من أنواع بيع البضاعة بالشّحن، على أن تكون تلك البضاعة معيّنة بالنّوع ومحرّرة من جميع التّكاليف، وزيادة على ذلك تكون مؤمناً عليها ومتفقاً على نقلها إلى ميناء التّفريغ .

وعلى البائع تشخيص البضاعة المبيعة أو تمييزها حسب الحال، كما عليه التّأمين عليها ودفع أجرة نقلها والاعتناء بوسقها...».

- بُيوع الطائرات والمراكب : تعتبر بعض عقود البيع معقّدة، وتحتاج لإجراءات معقّدة لانتقال الملكيّة فيها كبيع طائرة أو باخرة، حتى إنّها تشابه كثيراً إجراءات البيع العقاري . وعلى سبيل المثال خصّصت مجلّة التّجارة البحريّة العنوان الثالث من الكتاب الأول فيها للنّظام القانوني للسّفينة، ويحتوي الفصول (من 13 إلى 40 ضمناً).

وبالرّغم من أنّ السّفينة من المنقولات، فإنّها لا تخضع لقاعدة (الحيازة سند ملكيّة المنقول) المنصوص عليها بالفصل 488 من مجلّة الالتزامات والعقود، وهو ما جاء صراحة بالفصل 13 من مجلّة التّجارة البحريّة .

وبالرّجوع للفصل 16 م.ت.ب، نجد أنّه ينصّ على أنّ : «كلّ عمل تنتقل به ملكيّة السّفينة كلّها أو بعضها يجب أن يكون بكَتْب».

بالإضافة للكَتْب يجب تسجيل السّفينة - بمجرّد إتمام صنعها - بمركز إحدى المناطق البحريّة (فصل 23 م.ت.ب.) بسجلّ خاصّ بالسّفن[1] . ويتمّ ترسيم كلّ الحقوق المتعلّقة بالسّفينة ، إذ لا يمكن المعارضة بهذه الحقوق قبل ترسيمها (فصل 29 م.ت.ب.).

وبالعموم يمكن القول أنّ كلّ بيع أو شراء يُنجزه التّاجر لحاجات تجارته[2] يعتبر عقداً تجارياً بالتبعيّة إلا إذا كانت من نشاطه الرّئيس، لأنّ بيع البضائع مثلاً بالنّسبة لتاجر مهنته البيع والشّراء لهذه البضائع يكون عقداً تجارياً أصلياً وليس تبعياً، ويكتسب صبغته التجاريّة اعتماداً على الفصل الثاني من المجلّة التجاريّة، وكذلك الحال بالنّسبة لمن اعتاد القيام بهذه البيوع، فإنّ تجاريّتها تكون مستندة إلى الفصل الثالث من المجلّة التجاريّة وليس على الفصل الرّابع منها.

- 2 - الأكريــة التجاريّة :

يمكن للتجّار أن يبرموا عقود كراء على منقول أو على عقار[3] ، وتكتسي هذه العقود صبغة تجاريّة بالتبعيّة إذا كانت متعلّقة بتجارتهم .

---

(1) - انظر، سميحة القليوبي، القانون البحري، دار النّهضة العربيّة، القاهرة ، 1982، ص39 وما بعد.

(2) - يمكن إلحاق عقود المقايضة بالبيوع استناداً إلى الفصل 724 م.إ.ع. الذي ينصّ على أنّ «أحكام البيع تَجري على المعاوضات بحسب ما يقتضيه نوع هذا العقد».

(3) - يعرّف الفصل 727 م.إ.ع. الكراء بكونه «عقد يسلم به أحد الفريقين للآخر منفعة شيء منقول أو غير منقول مدّة بعِوض يلتزم له بأدائه الفريق الآخر».

- **عقود كراء المنقولات** : إذا قام التّاجر مثلاً باستئجار آليات ومعدّات لتنفيذ التزاماته التجاريّة، فإنّ هذا العقد يكون ذا صبغة تجاريّة بالتبعيّة. وكذلك الحال إذا كان هو المُكري لبعض معدّاته التجاريّة، بشرط ألاّ يكون نشاطه التّجاري الّذي يمتهنه هو كراء المعدّات، لأنّ هذا التصرّف رغم أنّه يشكّل عملاً تجارياً، إلاّ أنّ صبغته التجاريّة ليست بالتبعيّة وإنّما بصورة أصليّة.

وكذلك المنقولات المعنوية تخضع لنفس المعيار، كأن يكتري التّاجر أصلاً تجارياً[1] ليمارس فيه نشاطاً تجارياً، لأنّ هذا الكراء يكتسي الصّبغة التجاريّة بالتبعيّة لتعلّقه بالشّؤون التجاريّة . وقد ذهب المشرّع التّونسي إلى أبعد من ذلك عندما أسبغ على مكتري الأصل التّجاري - على الأقلّ تجاه الغير - صفة التّاجر حتى لو لم يكن تاجراً قبل إبرام العقد (فصل 231 م.ت.).

- **عقود كراء العقارات** : يفضّل التجّار غالباً عدم تبديد رؤوس أموالهم لشراء العقارات أو المحلاّت لممارسة تجارتهم، فيلجؤون إلى إستئجارها[2]، وهم في الوقت ذاته يطمعون باكتساب الملكيّة التجاريّة[3] من خلال تكوين عناصر الأصل التّجاري[4] المبيّنة بالفصل 189 من المجلّة التجاريّة ، الذي ينصّ على أنّه : «تندرج في محتويات الأصل التّجاري الأشياء المنقولة لممارسة أعمال التّجارة.

ويشمل الأصل التّجاري وجوباً الحرفاء والسّمعة التجاريّة.

كما يشمل أيضاً - ما لم يقض نصّ بخلافه - سائر الأشياء الأخرى اللازمة لاستغلال الأصل التّجاري كعنوان المحلّ والاسم التّجاري والحقّ في الإجارة

---

(1) - سلمان بوذياب ، القانون التّجاري ، مرجع سابق ، ص 205 وماب.

(2) - انظر ، عبد المؤمن طاهري ، الكراء التّجاري والحرّية التّعاقدية ، مذكرة لنيل دبلوم الدّراسات المعمّقة في القانون الخاصّ، كليّة الحقوق والعلوم السياسيّة بتونس ، 1993 - 1994 ، ص 5 وماب.

- أيضاً ، محمد الهاشمي دحيدح ، خواطر حول أحكام تعديل الاكرية التجاريّة وتجديدها وتنهيتها، قت. ماي 1983 ، ص 7 وماب.

- أيضاً ، رشيد الصبّاغ ، المؤجّر هل له إنهاء الكراء وعرض التّجديد في أكرية المحلاّت التجاريّة، قت. ماي 1984 ، ص 19 وماب.

(3) - انظر ، بلقاسم القروي الشابي ، الملكيّة التجاريّة ، مرجع سابق ، ص 5 وماب.

- أيضاً ، رشيد الصبّاغ ، الملكيّة التجاريّة ، مرجع سابق ، ص 7 وماب.

(4) - انظر ، محمود شمّام ، الأصل التّجاري ، مقالة سابقة ، ص 12 وماب.

- أيضاً ، أحمد عاصم ، الكراء التّجاري والأصل التّجاري ، مرجع سابق ، ص 58 وماب.

والمعدّات والآلات والسّلع وبراءات الاختراع وعلامات المعمل والأشكال والنّماذج وحقوق الملكيّة الأدبيّة والفنيّة».

ولا تُكتسب الملكيّة التجاريّة إلا بمرور سنتين متواليتين لاستغلال المُكرى، وهو ما جاء بالقانون عدد 37 لعام 1977 المنظّم للعلاقات بين المسوّغين والمتسوّغين فيما يخصّ تجديد كراء العقارات أو المحلاّت ذات الاستعمال التّجاري أو الصّناعي أو المستعملة في الحِرف (الفصل الأول منه)، ويترتّب على ذلك الحقّ في تجديد الكراء بإرادة المستأجر المنفردة[1] (الفصل الثالث من نفس القانون).

وإذا تمسّك المُكري بعدم تجديد الكراء ، فيُلزم بدفع منحة حرمان تساوي الضّرر الحاصل بسبب عدم التّجديد باستثناء بعض الحالات (فصل 7 من القانون سابق الذّكر).

3 - النّقل التّجاري :

عالج المشرّع التّونسي عقد النّقل[2] في الكتاب الخامس من المجلّة التجاريّة المخصّص للعقود التجاريّة وذلك في الباب الخامس منه، الّذي تعرّض لنوعيّ النقل التّجاري (نقل الأشياء - نقل الأشخاص)[3] ، وميّز بين النّاقل المباشر ووسيط النّقل بالعمولة .

---

(1) - جاء في إحدى حيثيات قرار تعقيبي ما يلي : «وحيث أنّه حرصاً من المشرّع على حماية المصلحة الاقتصاديّة وصيانة كلّ مجهود يُبذل من طرف المكتري لإنشاء الأصل التّجاري، فقد تدخّل لحماية هذه المصلحة وصيانة هذا الحقّ فقرّر بالفصل 32 من قانون الملك التّجاري المشار إليه، بطلان كلّ شرط أو اتّفاق من شانه حرمان المكتري من حقّه في الحقّ التّجاري الذي اكتسبه وبالتّالي حرمانه من حقّ التّجديد».

- تع. مد. عدد 52610 مؤرخ في 30 أكتوبر 1996 ، قت. جانفي 1998 ، ص 135.

(2) - يُعرّف الفصل 627 م.ت. عقد النّقل بكونه : «اتّفاق يلتزم بمقتضاه مُتعهّد النّقل مقابل ثمن بأن يتولّى إيصال شخص أو شيء إلى مكان معيّن».

(3) - انظر ، جمال شهلول ، عقد نقل الأشخاص البرّي والبحري والجوّي بين ضرورة سرعة النّقل والمقتضيات القانونيّة ، الملتقى الجهوي (العقود التجاريّة) المنعقد بالمنستير ، فيفري 1992 ، مرجع سابق ، ص 95 وما.

- أيضاً ، نوفل خماخم ، عقد نقل الأشخاص ، نفس المرجع (ملتقى المنستير، فيفري 1992) ، ص 138 وما.

- Cf., J. ESCARRA et E. ESCARRA et J. RAULT, Les contrats commerciaux, Op. Cit., T. 2, Ed. 1955, p. 177 et suiv.

وبصدور مجلّة التّجارة البحريّة لعام 1962 - التي نظّمت النقل البحري بأنواعه[1] - فإنّ عقود النّقل البحري استقلّت بأغلب أحكامها عن المجلّة التجاريّة.

وبعد انخراط تونس - بموجب القانون عدد 33 لعام 1980 - في اتفاقيّة الأمم المتّحدة للنّقل البحري للبضائع، المنعقدة بهامبورغ بتاريخ 31 مارس 1978[2]، أصبحت هذه الاتفاقيّة من قوانين الدّولة، وتنطبق على عقود النّقل البحري الدوليّة إذا كانت متعلّقة بالبضائع .

كما تمّ تنظيم النّقل البرّي بالقانون عدد 77 لسنة 1985 [3] وملحقاته وتنقيحاته ، وهذه النّصوص الخاصّة تؤخذ بعين الاعتبار في كلّ عقود النّقل البرّي المنظّمة لها، كنصوص متمّمة لأحكام المجلّة التجاريّة. ولا مجال لدراستها هنا لكثرتها[4] .

وقد صادقت الجمهوريّة التونسيّة على اتفاقيّة جنيف المؤرّخة في 19 ماي 1956 المتعلّقة بعقد النّقل الدّولي للبضائع برّاً [5]، وبالتّالي تكون منطبقة كقانون من قوانين الدّولة التونسيّة .

---

(1) - انظر ، أحمد العنّابي ، شرح القانون البحري التّونسي (سبع حلقات)، قت. (الأعداد من جانفي إلى جويلية 1982)، الحلقة الأولى (جانفي 1982) ، ص 25 وما ب

- أيضاً ، أنور بشر ، مسؤوليّة النّاقل البحري في القانون التّونسي ، قت. جويلية 1993 ، ص 47 وماب.

(2) - تمّت مصادقة تونس على اتّفاقية هامبورغ في 15 سبتمبر 1980 ، ونشرت بموجب الأمر عدد 117 لسنة 1981 بالرّائد الرّسمي. عدد 6 المؤرّخ في 3 فيفري 1981 ، ص 177 وما ب.

(3) - القانون عدد 77 مؤرّخ في 4 أوت 1985 المتعلّق بتنظيم النّقل البرّي ، رائد رسمي. عدد 58 مؤرخ في 9-13 أوت 1985 ، ص 1009 (تمّ تنقيحه بالقانون عدد 60 لسنة 1996 ، منشور بالرّائد الرّسمي. عدد 55 لسنة 1996 ، ص 1422).

(4) - نذكر على سبيل المثال : - الأمر عدد 386 المؤرّخ في 23 مارس 1989 المتعلّق بتنظيم النّقل بالعربات على الطّرقات ، رائد رسمي. عدد 23 مؤرّخ في 31 مارس 1989 ، ص 630.

- الأمر عدد 1904 المؤرّخ في 26 أكتوبر 1992 المتعلّق بتنظيم نقل البضائع عبر الطرقات المنقّح بالأمر عدد 619 لسنة 1997.

- أيضاً ، القانون عدد 21 المؤرخ في 11 مارس 1998 المتعلّق بالنّقل الدّولي متعدّد الوسائط للبضائع ، رائد رسمي. عدد 21 مؤرّخ في 13 مارس 1998 ، ص 527.

(5) - هذه المعلومة مذكورة بالفصل 3 من قانون عدد 21 لسنة 1998 المذكورفي الهامش السابق.

أمّا النّقل بالسّكك الحديديّة فيخضع منذ إنشاء الشّركة القوميّة للسّكك الحديديّة عام 1963 [1]، للمجلّة التجاريّة مع مراعاة الأحكام الخاصّة بالعقود الدوليّة التي تخضع لاتفاقيّة برن المؤرّخة في 9 ماي 1980 المتعلّقة بنقل البضائع بالسّكك الحديديّة[2] . أو لاتفاقيتي برن (CIM) و(CIV) [3]، اللّتين صادقت عليهما تونس بالقانون عدد 70 المؤرّخ في 23 مارس 1973 [4] ، وغيرها من اتّفاقيات النّافذة في الجمهوريّة التونسيّة .

وقد صادقت تونس في ميدان النّقل الجوّي على اتفاقيّة فرسوفيا، لتوحيد بعض قواعد تتعلّق بالنّقل الجوّي الدّولي المؤرّخة في 12 أكتوبر 1929 والاتفاقيات المكمّلة لها، والموقع عليها في ڤوادالاخارا في 18 ديسمبر 1961 [5]. وفي ڤواتيمالا بتاريخ 8 مارس 1971 . وبذلك تخضع عقود النّقل الجوّي لهذه الاتّفاقيات ولغيرها من النّصوص النّافذة في الجمهوريّة التونسيّة[6].

يمكن القول إنّ جميع عقود النّقل الّتي يبرمها التجّار لحاجات تجارتهم تكتسب الصّبغة التجاريّة بالتبعيّة[7]، مهما كانت وسيلة النّقل (الدواب –

---

(1) – تمّ تغيير تسمية هذه الشركة بموجب الأمر عدد 1780 لسنة 1998 ، منشور بالرّائد الرّسمي . عدد 76 المؤرّخ في 22 سبتمبر 1998 ، ص 1991 ، وأصبحت تحمل اسم «الشركة الوطنية للسّكك الحديديّة التّونسيّة».

(2) – يستشفّ من الفصل 5 من قانون عدد 21 لسنة 1998 المذكور سابقاً (المتعلق بالنقل الدولي متعدد الوسائط للبضائع).

(3) – تتعلّق الاتّفاقيتان بنقل الرّكّاب بواسطة السّكك الحديديّة .

(4) – جمال شهلول ، مقالة سابقة ، ص 111 و 112.

(5) – تمّت مصادقة تونس على هذه الاتّفاقية بالقانون عدد 65 المؤرّخ في 17 ديسمبر 1962 . وعلى بروتوكول لاهاي (28 سبتمبر 1955) المنقّح لاتّفاقية فرسوفيا بالقانون عدد 66 المؤرّخ في 17 ديسمبر 1962 . رائد رسمي. عدد 62 مؤرّخ في 18 ديسمبر 1962 ، ص 1901.

(6) – صدرت مجلّة القانون الدّولي الخاصّ التّونسي بالقانون عدد 97 لسنة 1998 بهدف تنظيم تنازع القوانين، واختصاص القضاء التّونسي في النّزاعات الدّولية، والاعتراف بالقرارات القضائيّة الأجنبيّة وغيرها من المسائل . وقد سدّت هذه المجلّة ثغرة كبيرة في التّشريع التّونسي وشكلت إضافة هامّة وإثراء للمنظومة القانونيّة التونسيّة.

(7) – انظر ، الحبيب عمار ، العقود التجاريّة ، مقالة سابقة ، ص 28 وماب.

– أيضاً ، سمير الفتلاوي ، العقود التجاريّة الجزائرية ، مرجع سابق ، ص 179 وماب.

السيارات - القطارات - السّفن - الطّائرات)، كأن يسافر التّاجر بنفسه لعقد صفقة في مدينة أخرى، أو يبرم عقداً لنقل بضائعه، أو يتّفق مع شركة نقل لتوصيل عماله من وإلى أماكن عملهم .

إذن يمكن التّعميم بأنّ كلّ عقد أو اتّفاق يبرمه تاجر لحاجات تجارته هو تصرّف تجاري بالنّسبة إليه سواء كان مُلزماً لجانبين أو فقط للتّاجر[1]. ولايكتسب الصّبغة التجاريّة لو أنّ القائم به لا يتمتّع بصفة التّاجر، أوأنّه تاجر لكنّ تصرّفه لا يَمُتّ إلى تجارته بصلة . فالتّاجر الّذي يبرم عقد تأمين على بيته أو أولاده لا يكون عقده تجارياً ، أمّا إذا كان عقد التّأمين على عمّاله أو مؤسّسته فهو تجاري بالتبعيّة. والتّاجر الّذي يلجأ إلى سمسار ليبيع له منزله لا يقوم إلاّ بعمل مدني، وتنقلب صفة العمل إلى الصّفة التّجارية إذا كلّف السّمسار ببيع بعض بضائعه .

إذن تجاريّة العقود بالتبعيّة الشخصيّة لا تكون إلاّ باجتماع عنصرين :
- صفة التاجر حسب ما وردت في القانون التّجاري .
- ارتباط العقد بحاجات تجارته .

ويبدو أنّ المشرّع التّونسي لم يقف عند حدّ تقرير الصّبغة التجاريّة بالتبعيّة لعقود التّاجر واتفاقاته، بل توسّع وامتدّ إلى خارج ميدان العقود .

---

(1) - من أمثلة العقود الملزمة لطرف واحد (الوعد بالبيع المُلزم لجانب واحد)، الذي يتعهّد فيه شخص ببيع ماله إلى شخص آخر إذا أبدى رغبته في شرائه خلال فترة معيّنة .
- محمد وحيد الدين سوار ، مرجع سابق ، ص 45.
- انظر ، كريم بولعابي ، الوعد بالبيع ، مذكّرة للإحراز على شهادة الدّراسات المعمّقة في القانون الخاصّ، كليّة الحقوق والعلوم السّياسية بتونس ، 1990 - 1991 ، ص 4 وما بعد.

الفقـرة الثانيـة : العلاقـات غيـر التعاقديّـة

إلى جانب العقود والاتفاقات التي تتّحد فيها إرادتان لكي ينشأ الالتزام، قد يقوم التّاجر بتصرّفات أحادية ينشأ الالتزام فيها عن إرادته المنفردة، وهي ما عبّر عنها المشرّع التّونسي بالتّصريحات الاختياريّة[1] ، وهي تعهّدات قانونيّة بإرادة منفردة (أولاً).

وقد يقوم أيضاً بأفعال قانونيّة نافعة أو ضارّة ينشأ عنها التزامٌ قانونيٌ بذمّته (ثانياً) .

فهل تعتبر هذه التصرّفات والأفعال أعمالاً تجاريّة بالتبعيّة إذا كانت متعلّقة بحاجات التّجارة أم لا ؟

أوّلاً - التعهّـدات القانونيّـة الأحاديـة :

هي التصرّفات التي يكون مَصدر الالتـزام فيها الإرادة المنفـردة البحتـة[2]، ويفرض القانون لصحّتها بلوغ العلم بها للملتزم له[3] ، وهذا ما جاء بالفصل 22 من مجلّة الالتزامات والعقود [4] .

وقد تعرّض القانون لمثالين على هذا النّوع من التصرّفات هما : الوعد بجائزة (أ). والإيجاب المقيّد بأجل (ب).

---

(1) – ينصّ الفصل 1 م.إ.ع. على أنّ : «تعمير الذمّة يترتّب على الاتفاقات وغيرها من التّصريحات الاختيارية وعن شبه العقود والجنح وشبهها».

(2) – انظر ، راشد الراشد ، الإرادة المنفردة كمصدر من مصادر الالتزام في الفقه والقانون ، أطروحة دكتوراه دولة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية والاقتصادية بتونس ، 1984 ، ص 117 وما ب.

– انظر أيضاً ، محمد تقية ، الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية ، المؤسّسة الوطنية للكتاب ، الجزائر، 1984 ، ص 16 وماب.

(3) – محمد الزين ، مرجع سابق ، ص 26 و27.

(4) – ينصّ الفصل 22 م.إ.ع. على أنّه : «إذا كان الالتزام من طرف واحد لزم صاحبه من وقت بلوغ العلم به للملتزم له».

أ - الوعـد بجائـزة (الوعد بجُعَـل) :

تنظّمه الفصول (من 19 إلى 21 بدخول الغاية) من مجلّة الالتزامات والعقود، وقد نصّ الفصل 19 من هذه المجلّة على أنّ «الوعد بالجُعَل بإحدى وسائل الإشهار لمن يأتي بشيء تلف أو يتمّم عملاً آخر، يُعدّ مقبولاً ممّن يأتي بالشّيء التّالف أو يتمّم العمل ولو مع الجهل بالوعد ويلزم الواعد إنجاز وعده».

يتبيّن من هذا الفصل أنّ الدّائن بالوعد بجائزة لا يكون معيّناً وقت التزام الواعد المدين بالجائزة ، الّذي التزم بمحض إرادته المنفردة وقدّم عرضاً للجمهور دون أن ينتظر أيّ قبول منه[1].

ب - الإيجـاب المقيّـد بأجـل :

ينصّ الفصل 33 م.إ.ع. على أنّ : «من صدر منه الإيجاب وعيّن أجلاً لقبوله، فهو ملزوم للطّرف الآخر إلى انقضاء الأجل، فإن لم يأته الجواب بالقبول في الأجل المذكور انفكّ التزامه».

وهذا الإيجاب المُلزم يجعل الإرادة المنفردة مصدراً من مصادر الالتزام، لأنّ الموجِب يبقى مُلزَماً بإيجابه حتى حلول الأجل، ولا يمكنه العدول عن إيجابه[2].

ونتساءل الآن عن الصّبغة التجاريّة للتعهّدات القانونيّة المنفردة ؟
فالتّاجر الواعد بجائزة يترتّب بذمّته التزاماً بإرادته المنفردة، وكذلك إذا صرّح بإيجاب مقيّد بأجل . ولكن هل تُعدّ هذه التعهّدات الأحادية أعمالاً مدنيّة أم تجاريّة ؟

الحقيقة إنّ الفصل الرّابع من المجلّة التجاريّة يستوعب كلّ التصرّفات القانونيّة، سواء كانت إتّفاقية أو بإرادة منفردة، وهذا يبدو واضحاً في الفقرة الثّانية من هذا الفصل الّذي جاء بمطلعها أنّه : «تعتبر جميع الأفعال و الأعمال التي يقوم بها التّاجر ...».

---

(1) - انظر، محمد تقية ، الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام...، مرجع سابق ، ص 188 وما بعد.

(2) - محمد تقيّة ، المرجع نفسه ، ص 203 و 204.

هذا يعني أنّ أيّ تعهّد قانوني أحادي يُصرّح به التّاجر لحاجات تجارته يعدّ عملاً تجارياً ، كما لو أعلَن ناقل بحري - غرقت له سفينة - عن جائزة ماليّة لمن ينتشلها من قاع البحر ، أو إذا أبدى صاحب مصنع لأحد حرفائه إيجاباً مقيّداً بأجل لصفقة بأسعار مُغرية أو بتسهيلات في الدّفع .

والصّبغة التجاريّة لهذه التصرّفات تستند على نظريّة التبعيّة الشخصيّة، وترتّب بذمّة هذا التّاجر التزاماً تجارياً، شأنه شأن العقود التجاريّة، وإن كانت المسؤوليّة النّاشئة تقصيريّة وليست عقديّة لعدم وجود اتّفاق مسبّق. وفي هذا تشابهٌ مع المسؤوليّة النّاشئة عن الأفعال القانونيّة .

ثانياً - الأفعـــال القانونيّـــة :

- تنقسم الأفعال القانونيّة إلى أفعال نافعة (أ) وأفعال ضارّة (ب) .

أ - الأفعال النّافعة (شبه العقود Quasi-Contrats) :

يُعرّف الأستاذ المالقي شبه العقد بكونه : «عمل جائز يقوم به الشّخص اختياراً، ويترتّب عليه بمقتضى القانون ما يترتّب على الاتّفاق»[1]. وهو من أسباب تعمير الذمّة (فصل 1 م.إ.ع.).

وقد تعرّض المشرّع التّونسي لثلاثة أشكال من شبه العقد وهي (الفضالة والإثراء بدون سبب ودفع مالا يلزم).

رغم أنّ شبه العقود سببها الإرادة المنفردة، إلاّ أنّ الرّأي الغالب في الفقه بتونس يعتبرها من الوقائع القانونيّة ، إذ عبّر عنها الأستاذ محمّد الشّرفي بكونها : واقعة إراديّة يجعل القانون الالتزام المتعلّق بها ناشئاً عنها[2].

---

(1) - محمد المالقي ، مرجع سابق ، ص 13 .

- يُعرّف الفصل 1371 من المجلّة المدنيّة الفرنسيّة شبه العقد بانّه : عمل اختياري مشروع لشخص ينشأ عنه التزام نحو الغير ، واحياناً التزام مقابل في جانب ذلك الغير .

«Les quasi-contrats sont des faits purement volontaires de l'homme dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers . et quelquefois un engagement réciproque des deux parties».

(2) - محمد الشّرفي ، مدخل لدراسة القانون ، دار سيراس للنّشر ، تونس 1991 ، ص 280.

أكّد ذلك أيضاً الأستاذ محمد الزين عند تقسيمه للإلتزامات[1].

ويبدو أنّ هذا الرّأي سليم، لأنّ الالتزام النّاشئ عن شبه العقد مصدره القانون، ويُرتّب أثره بغضّ النّظر عن دور الإرادة في حصول هذا الأثر . وبهذا يلتقي شبه العقد بالجنحة وشبهها .

1 - الفضالة La gestion d'affaires :

تنظّمها الفصول من 1179 وما بعده من مجلّة الالتزامات والعقود ، وقد عرّف الفصل 1179 بالفضولي، إذ ينصّ على أنّه : «إذا باشر شخص مصالحَ غيره اختياراً أو ضرورة، بدون إذن منه أو من الحاكم في مغيبه أو بدون علمه، فإنّه يترتّب على ذلك التحاق تصرّفه بتصرّف الوكيل ويجري حكمه على ما بالفصول الآتية».

والفضالة بهذا المعنى القانوني تُعدّ عملاً مرغوباً فيه ، لأنّها وإن كانت تدخّلاً في شؤون الغير ، إلا أنّ قوامها تقديم المساعدة ، بحيث يُعتبر الفضولي مُتفضّلاً لا متطفّلاً ، ومن هنا كانت نيّة العمل لفائدة الغير شرطاً أساسيّاً لقيام الفضالة[2].

أمّا من يتجرّأ على القيام بتصرّف في ممتلكات الغير لفائدته الشخصيّة كبيع أو كراء عقار الغير مثلاً [3] ، فلا يعتبر عمله فضالة ويعاقب جنائيّاً (فصل 292 م.ج.) [4].

---

(1) - محمد الزين ، مرجع سابق ، ص 31.

(2) - الطّاهر العابد ، الفضالة في القانون المدني التّونسي ، مذكّرة لنيل شهادة الدّراسات المعمّقة في القانون الخاصّ، كليّة الحقوق والعلوم الاقتصاديّة والسياسيّة بسوسة، 1993-1994، ص 3.

- انظر ، عزة بوترعة ، التصرّفات القانونيّة في حقّ الغير ، مذكّرة للإحراز على شهادة الدراسات المعمقة في القانون الخاصّ العامّ ، كليّة الحقوق والعلوم السياسيّة بتونس ، 1994 - 1995 ، ص 7 وماب.

(3) - انظر، المنذر الصّيد ، كراء ملك الغير في ضوء مجلّة الالتزامات والعقود التّونسية، قت. مارس 1990، ص 43 وماب.

(4) - يمكن أن يُعتبر بيع ملك الغير فضالةً على معنى الفصل 576 م.إ.ع. إذا أجازه المالك ، وإلاّ تعرّض الفضولي للمسؤوليّة والتزم بالخسارة الناشئة عن الفسخ ، مالم يكن قد أعلم المشتري وقت الشّراء بأنّه فضولي.

والتّاجر الذي يقوم بتصرّف فضالة أو كانت الفضالة لمصلحته، تترتّب بذمّته التزامات قانونيّة وقد تنشأ بذمّته مسؤوليّة عن أيّ تقصير بإحدى هذه الإلتزامات .

فهل يمكن اعتبار هذه الالتزامات ناشئة عن عمل تجاري ؟ وبصيغة أخرى هل يمكن اعتبار الفضالة عملاً تجارياً إذا تعلّق بنشاط التّاجر المهني استناداً إلى نظريّة التجاريّة بالتبعيّة ؟

إذا كانت الوكالة عقداً يمكن أن يكون تجارياً بالتبعيّة، فإنّ الفضالة أيضاً يمكن اعتبارها شبه عقد تجاري ، خاصّة وأنّها وردت في الباب الرّابع من المقالة السّابعة من الكتاب الثّاني من مجلّة الالتزامات والعقود تحت عنوان «في شبه العقود المُنَزّل منزلة الوكالة».

ورغم أنّ الفضالة تشبه الوكالة إلاّ أنّها من الأفعال القانونيّة وليست من التصرّفات، ومع ذلك فهي تخضع لأحكام الفصل الرّابع من المجلّة التجاريّة[1]، ويصحّ إطلاق صفة «شبه عقد تجاري بالتبعيّة» عليها، إذا كانت متعلّقة بالحاجات التجاريّة للتّاجر . كأن يقوم تاجر بتسديد دين مترتّب بذمة أحد عملائه أو كفالة تسديد هذا الدين مجاملة وتودّداً له ولانقاذه من سوء السّمعة بدون أن يطلب العميل منه ذلك .

فالتّاجر هنا عمله فضولي يسعى من ورائه ضمان استمرار التّعامل التّجاري مع هذا العميل، لذا يصحّ القول بأنّها فضالة تجاريّة بالتبعيّة لارتباطها بحاجات تجارته، كما يصحّ اعتبارها كذلك بالنّسبة للعميل الّذي تمّت الفضالة لصالحه، إذا كان تاجراً والدّين المترتّب بذمّته يتعلّق بشؤون تجارته أيضاً.

2 - الإثراء بدون سبب ودفع ما لا يلزم :

تنظّم هذه الوقائع القانونيّة الفصول من 71 إلى 81 م.إ.ع، وتشترك هذه الأفعال بكونها كسب بلا وجه حقّ وإثراء على حساب الغير ، وتُعتبر كلّ منها من أسباب تعمير الذمّة إذا توفّرت شروطها .

---

(1) - بقراءة الفصل 4 م.ت. نلاحظ شموليّته، لأنّه لم يقتصر في تطبيق نظريّة التّبعيّة على التصرّفات القانونيّة Les actes فحسب، بل امتدّ أيضاً إلى الوقائع القانونيّة (الأفعال Les faits)، وهو ما جاء بالفقرة الثانية من هذا الفصل إذ تنصّ على أنّه : «وتُعتبر جميع الأفعال والأعمال التي يقوم بها التّاجر...».

- الإثراء بدون سبب : يُعدّ الإثراء بلا سبب مصدراً من مصادر الالتزام ، وهو مصدر مستقلّ قائم بذاته، يجد أساسه في فكرة الإنصاف والعدالة [1] وفي القانون، الّذي يرتّب آثاره دون الاهتمام بدور الإرادة في حدوث الأثر القانوني، رغم أنّ المشرّع التّونسي أدرج الإثراء بلا سبب في مجلّة الالتزامات والعقود تحت باب (الالتزامات النّاشئة ممّا يشاكل العقود).

وينصّ الفصل 71 م.إ.ع. على أنّه : «من اتّصل بشيء أو غير ذلك من الأموال مما هو لغيره أو صار ذلك في قبضته بلا سبب موجب لاكتسابه، فعليه ردّه لصاحبه».

ويُعتبر الفصل 72 م.إ.ع. متمّماً للمبدأ العامّ الوارد في الفصل السّابق إذ ينصّ على أنّ : «من انتفع عن جهل بعمل غيره أو بشيء من ماله بلا وجه يبيح ذلك، فعليه العوض لصاحبه بقدر ما انتفع به».

- دفع ما لا يلزم : هو من الأفعال القانونيّة الّتي تُعتبر من تطبيقات مبدأ عدم جواز الإثراء على حساب الغير ، وقد أوردت مجلّة الالتزامات والعقود تنظيم هذه الأفعال في عدّة فصول. وميّز المشرّع التّونسي فيها بين الحالات الّتي يحقّ للدّافع استرجاع ما دفعه والحالات التي لا يحقّ له فيها الاسترجاع .

فالفصل 73 م.إ.ع. مثلاً ينصّ على أنّ : «من دفع ما ليس عليه، ظنّا منه أنّه مدين لجهل كان به من حيث الحقوق أو من حيث حقيقة الأمر ، له أن يسترجع ما أدّاه ممّن اتّصل به ، ولكن لا يلزم هذا بالردّ إذا مزّق رسم الدّين أو أبطله، أوسلّم في توثقة الدّين أو ترك القيام على المدين الحقيقي حتى سقط حقّه بمرور المدّة جهلاً منه بحقيقة الأمر...».

أمّا الفصل 74 م.إ.ع. فقد نصّ على أنّ : «من دفع باختياره ما لا يلزمه عالماً بذلك، فليس له أن يسترجع ما دفعه».

---

(1) - ناصر جاد الله ، مبدأ الإثراء بدون سبب ، مذكرة للإحراز على شهادة الدراسات المعمّقة في القانون الخاصّ ، كليّة الحقوق والعلوم السياسية بتونس ، 1991 - 1992، ص 10 وماب.

ويمكن تطبيق نظرية التجاريّة بالتبعيّة على الأفعال القانونيّة النافعة، شأنها شأن الأعمال القانونيّة، فالتّاجر الذي يثري أويفتقر بدون سبب، أويدفع ما لا يلزم أو يردّ ما لا يجب، تكون أفعاله هذه تجاريّة بالتبعيّة إذا تعلّقت بشؤون تجارته، استناداً إلى الفصل 4 من المجلّة التجاريّة[1]. وتصحّ تسميتها بالأفعال التجاريّة بالتبعيّة .

والالتزامات التي تنشأ في ذمّة التّاجر عنها هي التزامات تجاريّة .

ب - الأفعال الضّارة (الجنحة وشبهها) :

إنّ إطلاقيّة الفصل 4 من المجلّة التجاريّة تؤكّد امكانية تطبيق نظريّة التجاريّة بالتبعيّة على كلّ الأفعال القانونيّة التي يقوم بها في معرض ممارسته للفعاليّة التجاريّة سواء كانت هذه الأفعال نافعة أو ضارّة .

ويظهر تطبيق ما سبق على الفعل الضّار في مجالين : الأفعال القصديّة (الجنحة) والأفعال غير القصديّة (شبه الجُنحة) ، وكلا النّوعين يتوفّر فيه ركن الخطأ [2].

1 - الأفعال القصديّة :

وقد عبّر عنها المشرّع التّونسي بالجُنح[3] في الفصل الأول من مجلة الالتزامات والعقود، كسبب من أسباب تعمير الذمّة. وعَرّفها الأستاذ محمد الزّين بأنّها : «أعمال غير مباحة تُلحِق أضراراً بالغير عن قصد»[4].

---

(1) - انظر ، فريد مشرقي ، مرجع سابق ، ص 79 و 80.
- أيضاً ، ادوار عيد ، القانون التّجاري اللبناني ، مرجع سابق ، ص 123 و124.

(2) - هشام فرعون ، القانون التّجاري البرّي ، مرجع سابق ، ج. 1 ، ص 66 و67.

(3) - استعمل المشرّع التونسي في الفصل الأول من مجلة الالتزامات والعقود مصطلح «الجُنح» للتّعبير عن الفعل الضّار القصدي كسبب من أسباب تعمير الذمّة، واستعمل نفس المصطلح في المجلّة الجنائيّة للتّعبير عن صنف من الجرائم كسبب للمعاقبة الجزائيّة (فصل 14 م.ج.). والجنحة بالمفهوم المدني أوسع منها في المفهوم الجنائي، لأنّها تشمل كلّ فعل ضارّ قصدي يُلحِقه شخص بالغير، ويوجب المسؤوليّة المدنيّة سواء كان يشكّل جريمة بالمفهوم الجزائي أم لا .

(4) - محمد الزين ، مرجع سابق ، ص 29.

أمّا الأستاذ وحيد الدّين سوار فيعبّر عنها بقوله : «هي الفعل الإرادي غير المشروع الصّادر عن عمد وسوء نيّة ، كما لو قام شخص بإحداث ضرر للغير بقصد الإضرار به، فيُلزم بإصلاح الضّرر »[1].

وبالرّجوع إلى الفصل 82 م.إ.ع. نجد أنّه يكرّس الالتزامات النّاشئة عن الجنح، إذ ينصّ على أنّ : «من تسبّب في ضرر غيره عمداً منه واختياراً بلا وجه قانوني سواء كان الضّرر حسّياً أو معنوياً، فعليه جبر الضّرر النّاشيء عن فعله، إذا ثبت أنّ ذلك الفعل هو الموجب للضّرر مباشرة... »[2].

وتطبيقاً لهذا الفصل والفصل 4 م.ت. يمكن القول إنّ التّاجر الّذي يرتكب أفعالاً ضارّةً بالغير بصورة قصديّة، تُعتبر أفعاله هذه أعمالاً تجاريّة بالتبعيّة وتترتّب بذمّته التزامات تجاريّة إذا كانت هذه الأفعال متعلّقة بتجارته .

ومن أهمّ تطبيقات الجُنح التجاريّة بالتبعيّة المنافسة غير المشروعة[3]، والمنظّمة بصورة خاصّة في القانون عدد 64 لسنة 1991[4] المتعلّق بالمنافسة والأسعار[5] والقوانين والأوامر المنقّحة والمتمّمة له .

---

(1) – محمد وحيد الدّين سوار ، مرجع سابق ، ص 34 و35.

(2) – جاء في قرار استئنافي صادر عن محكمة الاستئناف بتونس أنّ : «جملة المدّعى عليهم في الأصل في هذه القضيّة قد شاركوا – وإن كان ذلك بصور متباينة – في الاستيلاء على أموال الشّركة المدّعية وبضائعها، وإنّ ذلك الفعل يعدّ خطأ شخصيّاً عمدياً على معنى الفصل 82 من المجلّة المدنيّة ، وهي أفعال متداخلة وغير منفصلة، وتتعذّر لذلك تجزئة المسؤوليّة بين المطلوبين كلّ حسب نسبة مساهمته في الفعل الضّار... ».
– قرار عدد 47402 مؤرخ في 19-5-1998 (غير منشور) .

(3) – انظر ، عبد الله الأحمدي ، المنافسة غير المشروعة في القانون عدد 64 لسنة 1991 ، قت. فيفري 1993 ، ص 7 وما ب.
– انظر أيضاً ، أحمد شبيل ، المنافسة في القانون التّونسي ، قت. أكتوبر 1994، ص 76 وماب.
– أيضاً ، جويدة ڤيڤة ، تطوّر قانون المنافسة في التّشريع التّونسي ، قت. جويلية 1995 ، ص 12 وماب.

(4) – قانون عدد 64 مؤرخ في 29 جويلية 1991 ، رائد رسمي. عدد 55 مؤرّخ في 6 أوت 1991، ص 1145.

(5) – انظر ، محرز بوصيان ، نظام الأسعار والمنافسة في القانون عدد 64 لسنة 1991 ، قت. جويلية 1995 ، ص 33 وماب.
– أيضاً ، عمار الخبابي ، قانون المنافسة والأسعار ، قت. أكتوبر 1996 ، ص 55 وماب.

وقد حدّد هذا القانون نمطين من الممارسات غير المشروعة[1]، الأول يخصّ الإخلال بنظام الأسعار، والثاني يخصّ الإخلال بحرّية المنافسة، كالاستغلال المفرط لمركز مهيمن على السّوق أو الممارسات الاحتكاريّة[2].

وقد صدر عن لجنة المنافسة [3] عدّة قرارات واستشارات تتعلّق بالممارسات غير المشروعة[4].

ولأنّ مجلس المنافسة (لجنة المنافسة سابقاً) لا يختصّ بالنّظر في دعاوى تعويض الضّرر الحاصل للمدّعي، وإنّما تنحصر صلاحياته في تقييم سلوك المتدخّلين في السّوق وتأثيره على المنافسة[5]، فإنّ هذه الدّعاوى تكون غالباً من اختصاص الدّوائر التجاريّة، لأنّ أكثرية هذه الدّعاوى بين تجّار.

---

(1) – عادل محمودي، الممارسات الممنوعة في قانون المنافسة، مذكرة لنيل شهادة الدّراسات المعمّقة في القانون الخاصّ، كلية الحقوق والعلوم السياسيّة بتونس، 1993 – 1994، ص 10 وماب.

(2) – علي شنيور، الاتفاقات الحصريّة في قانون المنافسة، قت. جويلية 1998، ص 126 وماب.

(3) – أحدثت لجنة المنافسة بمقتضى الفصل 9 من القانون عدد 64 لسنة 1991، للنظر بالممارسات المخلّة بالمنافسة وتقديم الاستشارات حول المنافسة، ثم تحوّلت إلى (مجلس منافسة) بموجب القانون عدد 42 لسنة 95 المتعلّق بتنقيح واتمام قانون المنافسة والأسعار.
– انظر، الياس بوقديدة، لجنة المنافسة، مذكرة للحصول على شهادة الدراسات المعمّقة في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم الاقتصاديّة والسياسيّة بسوسة، جامعة الوسط، 1993–1994، ص 5 وماب.

(4) – جاء في إحدى حيثيات قرار لجنة المنافسة عدد 93/6 المتعلّق بقطاع اللّحم الأحمر الصادر بتاريخ 20 أكتوبر 1994) أنّ : «البيع بالخسارة أو دون سعر الكلفة يعدّ من قبيل الممارسات الاحتكاريّة على معنى الفصل 26 من القانون عدد 64 لسنة 91 المؤرّخ في 29 جويلية 1991 المنقّح والمتمّم بالقانون عدد 83 لسنة 1993 المؤرّخ في 26 جويلية 1993...».
– قت. جويلية 1995، ص 63.
– انظر أيضاً، قرار لجنة المنافسة عدد 94/2 المتعلّق بقطاع اللحم الأبيض (الصادر في 25 ماي 1995) ، قت. جويلية 1995، ص 76.

(5) – قرار لجنة المنافسة عدد 93/3 المتعلّق بترويج أجهزة إعلاميّة المؤرّخ في 6 جانفي 1994، قت. جويلية 1995، ص 45 وماب.

والمزاحمة غير المشروعة نجدها أيضاً في قوانين متفرّقة[1] تظهر بصور كثيرة في ميدان حقوق الملكيّة الفكريّة - سواء في ميدان الملكيّة الأدبيّة والفنيّة أو الملكيّة الصناعيّة والتجاريّة[2] - كاستغلال اختراع محمي ببراءة اختراع بدون رخصة من صاحبه[3] ، أو استعمال العلامات الصناعيّة والتجاريّة[4] لمؤسّسة تتمتّع بشهرة كبيرة، ممّا يوقع الجمهور في الغلط بشخصيّة الصّانع أوبمصدر المنتوج[5]. أوالاعتداءات التي ظهرت حديثاً في ميدان الإعلاميّة[6] وغير ذلك كثير ...

---

(1) - من ذلك مثلاً القانون عدد 36 لسنة 1994 المتعلّق بالملكيّة الأدبيّة والفنّية.
- والأمر العلي المؤرّخ في 26 ديسمبر 1888 المتعلّق بشهادات الاختراع ، رائد رسمي. عدد 17 مؤرّخ في 27 ديسمبر 1888 ، ص 1.
- والأمر العلي المؤرّخ في 3 جوان 1889 المتعلّق بالعلامات الصناعّة والتجاريّة ، رائد رسمي. عدد 40 مؤرّخ في 4 جوان 1889 ، ص 1.
- والأمر العليّ المؤرّخ في 25 فيفري 1911 المتعلّق بالرّسوم والنماذج الصناعية، رائد رسمي. مؤرّخ في 4 مارس 1911، ص 1 .
- والأمر المؤرّخ في 2 جانفي 1940 المتعلّق بإجراء العمل باتّفاقات لندن الممضاة في 2 جوان 1934 (حماية الملكية الصّناعية)، رائد رسمي. صادر في 14 مارس 1940 ، ص 2.

(2) - صلاح الدين الناهي ، الوجيز في الملكيّة الصّناعية والتجاريّة ، مرجع سابق ، ص 7 وماب.
- انظر، قرار استئنافي مدني عدد 19451 مؤرخ في 24 أكتوبر 1994 (مُعلّق عليه)، قت. جوان 1997، ص 119 وماب.

(3) - فرج القصير ، براءة الاختراع في القانون التّونسي ، مقالة سابقة ، ص 23.
- منير بن محمد ، مقالة سابقة ، ص 43 وماب.

(4) - ينصّ الفصل 90 م.إ.ع. مثلاً على أنّه : «يسوغ القيام بالخسارة والمطالبة لدى المحاكم الجنائيّة وإزالة ما أحدثه في الصّورتين التاليتين : أولاً - إذا جعل انسان على أشياء مصنوعة أو على نتائج صناعيّة أو فلاحيّة شيئاً من الأسماء أو من النياشين والعنوانات والطوابع والأختام المنسوبة لغير أصحاب تلك المصنوعات والنّتائج...».
- انظر أيضاً ، الفصول 91 و92 م.إ.ع.

(5) - هشام فرعون ، القانون التّجاري البرّي ، ج. 1 ، ص 67 .
- انظر ، سامية القطاري ، العلامة الصناعيّة ، مقالة سابقة ، ص 73 وماب .
- أيضاً ، بلقاسم كريد وعبد الباقي كريد، حماية العلامة التجاريّة...، مقالة سابقة، ص 271 وماب.

(6) - انظر ، الهادي الماكني ، جرائم الإعلاميّة ، مذكرة للإحراز على شهادة الدّراسات المعمّقة في العلوم الجنائيّة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس ، 1995 - 1996 ، ص 6 وماب.
- أيضاً ، سامي القلاّل ، النّزاعات حول البرامج والبيانات المعلوماتيّة في الجمهوريّة التونسيّة، قت. ديسمبر 1996 ، ص 49 وماب.
- أيضاً ، رؤوف المرّاكشي، حماية الملكيّة الفنية للمصنّفات المعلوماتيّة، مقالة سابقة، ص 17 وماب.
- أيضاً ، جويدة ڤيڤة ، خواطر واستلهامات حول حماية حقّ المؤلّف وحماية البرنامج المعلوماتي...، مقالة سابقة ، ص 7 وماب.

ونتيجة للخلط بين مفهوم الجُنحة المدنيّة والجنحة بالمفهوم الجزائي فقد تصدر قرارات قضائيّة مُرتبكة وتجانب الصّواب أحياناً ، من ذلك ما جاء في أحد القرارات الاستئنافيّة، والذي يتعلّق النّزاع فيه حول تعويض الأضرار النّاتجة عن جريمة، إذ جاء في إحدى حيثياته أنّه : «وحيث أنّه ولئن كان من المتّفق عليه أن طرفي الدّعوى لهما صفة التّاجر ... ومن جهة أخرى فإنّ الخلاف النّاشئ بين الطّرفين منشؤه الجريمة لا المعاملة التجاريّة ، ولا يمكن بحال أن يعدّ ارتكاب الجرائم داخلاً في ممارسة النّشاط التّجاري كما عرّفه الفصل الثّاني من المجلّة التّجارية ... وأنّ «العمل التّجاري » هو عمل قانوني على معنى الفصل 1 و2 من مجلّة الالتزامات والعقود ، والعمل القانوني لا يكون كذلك إلاّ إذا كان جائزاً وغير مخالف للنّظام العامّ ، فلا تُعدّ الجريمة عملاً قانونياً (تجارياً كان أم مدنيا) لعدم مشروعيّة موضوعها وسببها ولا تدخل بذلك في بوتقة النّشاط التّجاري، ومن ثمّة فلا تكون النّزاعات النّاشئة بمناسبتها من أنظار الدّائرة التجاريّة ، بل تبقى من أنظار المحكمة الابتدائيّة بدوائرها العادية المتركّبة من قضاة فقط»[1].

وبالتّدقيق في هذه الحيثيات يمكن تفنيد بعض جوانبها من خلال عدّة نقاط :

– صحيح أنّ الجريمة من الأعمال غير المشروعة إلاّ أنّ الأفعال الضّارة النّاشئة عنها تعتبر من الأعمال القانونيّة التي قد تنشأ عنها التزامات مدنيّة تُعمّر الذمّة، لأنّها من الجنح التي تترتّب عنها مسؤوليّة مدنيّة حسب الفصل الأول من مجلّة الالتزامات والعقود .

– إنّ المتضرّر من الجريمة يركّز على المطالبة بالتّعويض عن الضّرر الذي لحقه من الأفعال الجرميّة وهي مسالة مدنيّة [2]. في حين أنّ المسؤوليّة الجزائيّة وترتيب العقوبة على الفاعل فهي من اهتمام النيابة العموميّة والقضاء الجزائي حصراً . وإذا كان الجاني تاجراً وارتكب جريمته في إطار نشاطه التّجاري، فإنّ

---

(1) – قرار استئنافي مدني صادر عن محكمة الاستئناف بتونس تحت عدد 47402 مؤرّخ في 1998/5/19 (غير منشور).

(2) – الركنان المادي والمعنوي من الجريمة هما اللذان يشكّلان الجنحة المدنية Délit التي يستند عليها المتضرّر من الجريمة للمطالبة بالتّعويض (فعل ضارّ مقصود) .
أمّا الرّكن القانوني فيهتمّ به القضاء الجزائي للتأكّد من وقوع الجريمة Infraction ومعاقبة الفاعل بإجتماع الأركان الثلاث ، وهو ما يؤكّده الفصل 101 م.إ.ع. الذي ينصّ على أنّ : «الحكم الصّادر من مجلس جنائي بترك سبيل متّهم لا يؤثّر في مسالة تعويض الخسارة النّاشئة من الفعل الّذي قامت به التهمة...».

الالتزامات المدنيّة المترتّبة عن فعله الضّار تنقلب إلى التزامات تجاريّة بالتبعيّة تطبيقاً للفصل 4 م.ت.

- ولأنّ طرفي النّزاع في القضيّة المطروحة هما من التجّار، وموضوع النّزاع مُتعلّق بالتزامات تجاريّة، فإنّ الاختصاص الحكمي للنّظر في النّزاع يكون للدّائرة التجاريّة وليس للمحكمة الابتدائيّة بدوائرها العاديّة (استناداً للفصل 40 جديد من م.م.م.ت)[1].

وإلى جانب الأفعال الضّارة المقصودة (الجنح)، قد يُلحق التّاجر بالغير أضراراً ناتجة عن أفعال غير مقصودة ، ولابدّ من التعرّض لمدى اعتبار هذه الأفعال من الأعمال التجاريّة بالتبعيّة .

2 - الأفعال غير القصديّة :

يُعبّر المشرّع التّونسي عنها في الفصل الأول م.إ.ع. بشبه الجنح Quasi-Délits ، «وهي أعمال غير مباحة وغير قصدية تصدر عن إهمال أو تفريط»[2].

وبالرّجوع للفصل 83 م.إ.ع. نجد أنّه ينصّ على أنّ : «من تسبّب في مضرّة غيره خطأ، سواء كانت المضرّة حسّية أو معنويّة فهو مسؤول بخطئه، إذا ثبت أنّه هو السّبب الموجب للمضرّة مباشرة .

وكلّ شرط يخالف ذلك لا عمل عليه.

والخطأ هو ترك ما وجب فعله أو فعل ما وجب تركه بغير قصد الضّرر».

هذا يعني أنّ الشّخص الّذي يلحق ضرراً بالغير عن إهمال أو تقصير

---

(1) - تنصّ الفقرة الخامسة من الفصل 40 جديد م.م.م.ت. على أنّه : «تعتبر دعاوى تجاريّة على معنى أحكام هذا الفصل الدّعاوى المتعلّقة بالنّزاعات بين التجّار فيما يخصّ نشاطهم التّجاري...».

(2) - محمّد الزّين ، مرجع سابق ، ص 29 .

- انظر أيضاً ، محمد المالقي ، مرجع سابق ، ص 13 .

فيُلزم بجبر الضّرر رغم أنّه لم يقصد الإضرار به، بل تسبّب بذلك الضّرر خطأ [1].

وتطبيقاً للفصل الرّابع من المجلّة التجاريّة الذي توسّع في إضفاء الصّبغة التجاريّة لتشمل كلّ الأعمال والأفعال التي يقوم بها التّاجر في إطار تجارته، يمكن القول بأنّ كلّ فعل ضارّ يَرتكبه التّاجر، حتى ولو كان بغير قصد (شبه جنحة)، يتحمّل مسؤوليّته عن ذلك الفعل ، ويُعتبر فعله الضّار عملاً تجارياً إذا كان متعلّقاً بنشاطه التّجاري[2]، فمثلاً لو أنّ التّاجر الّذي كان يوزّع بضائعه بسيارته صدم شخصاً ، فإنّ الالتزام بالتّعويض عن الأضرار التي تلحق المصدوم، يعدّ التزاماً تجارياً وليس مدنياً، استناداً إلى نظريّة التبعيّة الشخصيّة .

ولكن يثور التّساؤل في هذا المجال حول مسؤوليّة التّاجر عن فعل متبوعيه أو الأشياء والحيوانات التي بحراسته ؟

وبمعنى آخر هل يمكن تطبيق نظريّة التبعيّة في غير ميدان المسؤوليّة عن الفعل الشّخصي ؟ كالمسؤوليّة عن فعل الغير أو فعل الأشياء ...

- **في المسؤوليّة عن فعل الغير** : افترض المشرّع التّونسي وجود خطأ من طرف أصحاب المهن، ورتّب على ذلك مسؤوليّة مدنيّة عن الضّرر النّاتج عن فعل المتدرّبين لديهم، وهو ما جاء به الفصل 93 مكرّر م.إ.ع.[3] الذي تنصّ الفقرتان الخامسة والسادسة منه على أنّ : «أرباب الصّنائع والمعلّمون مسؤولون عن الضّرر النّاشئ عن متدرّبيهم وتلاميذهم ، طيلة المدّة التي هم فيها تحت نظرهم.

وتنتفي المسؤوليّة المذكورة إذا أثبت أرباب الصّنائع :

- أنّهم راقبوا الطّفل كلّ المراقبة اللاّزمة .
- أو أنّ الضّرر نتج عن خطإٍ من المتضرّر نفسه...».

---

(1) - Req. 11 Juillet 1900, Gaillard C. Bournigaud, D.P. 1900, 1, 508, (actes de commerce par accessoire : Délits et quasi-délits), G.A.J.C., p. 37, obs. Jean SCHMIDT.

(2) - Cf., Louis DUCHANGE, Op. Cit., p. 292 et suiv.

(3) - أضيف الفصل 93 مكرّر إلى مجلّة الالتزامات والعقود بالقانون عدد 95 والمؤرّخ في 9 نوفمبر 1995 ، رائد رسمي. عدد 90 مؤرّخ في 10 نوفمبر 1995، ص 2215.

المُلاحظ في هذا الفصل أنّ المشرّع التّونسي لم يتعرّض لمسؤوليّة المؤجّر عن فعل الأجير أثناء عمله، واقتصر على ذكر المتدرّبين[1]. فهل يعني هذا أنّ المشرّع لم يأخذ بمسؤوليّة المتبوع عن أفعال تابعه إلاّ إذا كان وليّه أو مدرّبه أومعلّمه ؟

إنّ الفصل 845 م.إ.ع. قَبِل بهذه المسؤوليّة في حالة خاصّة، إذ ينصّ على أنّ : «أجير العمل مسؤول بالتعدّي والتّقصير الصّادرين ممّن ينوبه في العمل أوممّن استخدمه أو استعان به كما لو صدر ذلك منه . ولا ضمان عليه إذا اضطرّه نوع الخدمة أو العمل للاستعانة بغيره وذلك بشرط أن يثبت :

أولاً : أنّه اجتهد كلّ الاجتهاد في انتخاب من استعان بهم وفي مراقبتهم.

ثانياً : أنّه فعل ما يلزم فعله لمنع الضّرر أو تدارك عواقبه».

كما أنّ الفصل 84 م.إ.ع. قَبِل أيضاً بالمسؤوليّة المدنيّة للدّولة وإداراتها عن أفعال مستخدميها[2].

ونجد في نصوص متفرّقة هنا وهناك تكريساً لهذا النوع من المسؤوليّة، كما هو الحال في ميدان الشّغل، إذ نلاحظ عدّة حالات من هذه المسؤوليّة، كالحالات الواردة في الفصلين 26 و28 من مجلّة الشّغل[3].

إذن لا يرفض المشرّع التّونسي تحميل المتبوع المسؤوليّة المدنيّة عن أفعال تابعيه، رغم عدم صياغة هذه المسؤوليّة بنصّ عام وواضح كما فعلت بعض التشريعات[4].

---

(1) – انظر، محمد المالقي ، مرجع سابق ، ص 137.

(2) – ينصّ الفصل 84 م.إ.ع. على أنّ : «المسؤوليّة المقرّرة بالفصلين أعلاه تنسحب على الدّولة، ولو من حيث تصرّفها بمقتضى مالها من عموم النّظر ... فيما يتعلّق بالفعل أو الخطأ الصّادر من نوّابها أو مستخدميها حال مباشرتهم لما كُلّفوا به...».

(3) – ينصّ الفصل 26 من مجلّة الشّغل مثلاً على أنّه : «يُعتبر المؤجّر الجديد متضامناً في المسؤوليّة مع العامل – الذي قطع بصفة تعسّفية بعقد الشّغل والذي عرض من جديد خدماته – عن الضّرر المُلحق بالمؤجّر السّابق، في حالة علمه بأنّ هذا العامل كان عاملاً عند الأول».

(4) – ينصّ الفصل 175 من القانون المدني السوري مثلاً على أنّه : «يكون المتبوع مسؤولاً عن الضّرر الذي يُحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعاً منه في حال تادية وظيفته أوبسببها...».

وبنفس المعنى جاء الفصل 174 من القانون المدني المصري .

- في المسؤوليّة عن فعل الأشياء والحيوان : تنظّم مجلّة الالتزامات والعقود هذه الأشكال من المسؤوليّة ، من ذلك ما جاء بالفصل 94 منها، والذي ينصّ على أنّ : «كلّ من كان في حفظه حيوان يضمن ما ينشأ من ضرره، ولو وقع منه بعد أن انفلت أو ضلّ ما لم يثبت أحد أمرين :

أولاً : إما أنّه اتّخذ الوسائل اللازمة لحراسته أو لتدارك ضرره .

ثانياً : وإمّا أنّ الضّرر حصل بسبب طارئ أو قوّة قاهرة، أو بسبب فعل من لَحِقه الضّرر »[1].

وينصّ الفصل 96 من نفس المجلّة أنّه : «على كلّ انسان ضمان الضّرر الناشئ مما هو في حفظه، إذا تبيّن أنّ سبب الضّرر من نفس تلك الأشياء. إلاّ إذا أثبت ما يأتي :

أولاً : أنّه فعل كلّ ما يلزم لمنع الضّرر.

ثانياً : أنّ الضّرر نشأ بسبب أمر طارئ أو قوّة قاهرة، أو بسبب من لحِقه »[2].

ويثور في هذا السّياق التّساؤل التالي : إذا كان من الثّابت إقرار تحميل التّاجر المسؤوليّة المدنيّة عن أفعاله الشّخصيّة التي يرتكبها بنفسه، واعتبار هذه الأفعال ذات صبغة تجاريّة بالتبعيّة، إذا كانت مرتبطة بنشاطه التجاري، فهل يمكن التوسّع في نظريّة التجاريّة بالتبعيّة لتَطولَ ميدان المسؤوليّة عن فعل الغير أوفعل الأشياء الجامدة أو الحيوان ؟

إنّ التّمحيص في الفصل الرّابع من المجلّة التجاريّة يضعنا أمام افتراضين :

- الأول : يعتمد على الفقرة الأولى من هذا الفصل التي جاءت مطلقة بصورة كلّية، إذ تخضع بموجبها جميع الأفعال والأعمال القانونيّة التّابعة لممارسة التّجارة لأحكام المجلّة التجاريّة .

---

(1) - انظر ، تع. جز. عدد 11555 مؤرّخ في 12 أفريل 1976 ، ن.مح.تع. (قسم جزائي) 1977، ج.2، ص 105.

(2) - انظر ، محمد النفيسي ، خواطر حول الفصل 96 من مجلّة الالتزامات والعقود ، قت. فيفري 1998 ، ص 23 وماب.

- أيضاً ، محمد المالقي ، مرجع سابق ، ص 139 وما ب.

ويدعم هذا الاتّجاه أنّ هذا النّوع من المسؤوليّة يقوم على افتراض الخطأ، وهذا يعني أنّ كلّ فعل يرتكبه تابعي التّاجر أو حيواناته أو كان ناتجاً عن الأشياء الجامدة التي يحفظها يكون عملاً تجارياً إذا تمّ في إطار النّشاط التّجاري أو متعلّقاً به .

- **أمّا الإفتراض الثاني** : فيستند إلى الفقرة الثانية من نفس الفصل التي قرّرت قرينة التجاريّة فقط للأفعال والأعمال التي يقوم بها التّاجر بنفسه كما يبدو واضحاً بمطلعها الّذي ينصّ على أنّه «تعتبر جميع الأفعال التي يقوم بها التّاجر..».

والأقرب إلى المعقول هو الافتراض الأوّل، وبالتّالي يمكن اعتبارها تجاريّةً الالتزامات النّاشئة في ذمّة التّاجر عن أفعال تابعيه أو أفعال الحيوانات التي بجراسته ، أوالأشياء التي بحفظه[1]، إذا تمّت هذه الأفعال في إطار نشاطه التّجاري .

فلو أنّ سائقاً تابعاً لتاجر صدم شخصاً أثناء توزيع البضائع، فإنّ مسؤوليّة التّاجر تُنشئ بذمّته للمضرور ديناً تجارياً، لتعلّقه بنشاطه التّجاري مع حقّه بالرّجوع على السّائق في بعض الحالات .

أو إذا هرب أحد حيوانات السّيرك وألحق أضراراً ببعض الأشخاص، فإنّ صاحب السّيرك (وهو تاجر ملاهي عموميّة)، يترتّب بذمّته التزاماً تجارياً لافتراض تقصيره وتهاونه في حفظ وحراسة الحيوان.

يمكنه طبعاً التفصّي من مسؤوليّته إذا أثبت أنّه اتّخذ الوسائل الضروريّة لحراسته، أو أنّ الضّرر الحاصل نتج عن فعل المضرور، أولسبب طارئ أو قوّة قاهرة (فصل 94 م.إ.ع.).

وعلى كلّ حال لم يقتصر المشرّع التّونسي على الأخذ بنظريّة التجاريّة بالتبعيّة الشخصيّة فحسب، بل يبدو أنّه قَبِل في بعض الأحيان بالتبعيّة الموضوعيّة، لإقرار الصّبغة التّجارية لبعض العمليات دون الاهتمام بصفة القائم بها تاجراً كان أو غير تاجر .

---

(1) - انظر، عبد الله الأحمدي ، تعليق على قرارات الدّوائر المجتمعة لمحكمة التّعقيب الصّادرة في 16 مارس 1995، تحت عدد 28564 و44851 و45822 و42389 (حول حافظ الشّيء)، قت. فيفري 1998 ، ص 69 وما ب.

الفصل الثّاني

التبعيّة الموضوعيّة

المبدأ في نظريّة التبعيّة أنّه لا يكفي لاعتبار العمل تجارياً بالتبعيّة أن يكون متعلقاً بنشاط أو عمل تجاري، بل لابدّ أن يتمّ في معرض قيام التاجر بتجارته وهو ما أطلق عليه اسم التبعيّة الشخصيّة .

«إلا أن هذا المبدأ لا يؤخذ على إطلاقه ، وذلك لأنّ المشرّع قد ينص، أو قد يقضي الاجتهاد أحياناً على اعتبار العمل تجارياً بالتبعيّة لمجرّد ارتباطه بعمل من الأعمال المعتبرة تجاريّة بطبيعتها ، ودون النظر إلى الشخص الذي يقوم بهذا العمل...»[1]. وهو ما يمكن تسميته «بالتبعيّة الموضوعيّة».

وتظهر التجاريّة بالتبعيّة الموضوعيّة في بعض العقود كالرهن (مبحث أول)، وايضاً في بعض العمليات المتعلّقة أو اللاحقة بالسندات التجاريّة (مبحث ثان).

---

(1) – هشام فرعون ، مبادئ القانون التجاري المغربي ، مرجع سابق ، ص 46 .

المبحث الأول : التبعيّة الموضوعيّة في الرهن

لدراسة الرهون التجاريّة يتوجب التمحيص في اكتسابها الصبغة التجاريّة بالتبعيّة (فقرة أولى). ومن ثم التعرّف على أشكالها (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى : الصبغة التجاريّة لعقد الرهن

قبل الخوض في تجاريّة الرهن، لابدّ من التعرّض لعقد الرهن وإبراز أهمّ صبغاته خصائصه.

أوّلاً - عقد الرّهن :

يُعرّف الفصل 201 م.ح.ع. الرّهن بأنه : «عقد يُخصّص بموجبه المدين - أومن يقوم مقامه - شيئاً منقولاً أو عقاراً أو حقاً مجرّداً لضمان الوفاء بالتزام، ويخول للدائن الحق في استيفاء دينه من ذلك الشيء قبل غيره من الدائنين، إذا لم يوف له المدين بما عليه»[1].

ولأنّ الرهن من العقود فهو يتطلب الأركان العامّة للعقد، كالرضاء والمحل والسبب ، ويجب أن يكون الراهن مالكاً للمال المرهون[2] .

لتوضيح صفات وخصائص عقد الرهن (ب)، لابدّ من التعرّف قبل ذلك على ماهيّة هذا العقد (أ).

أ - ماهيّة عقد الرهن :

إنّ جوهر الرهن هو ضمان الوفاء بالتزام ، حيث يلتزم المدين الراهن بتخصيص شيء أو حقّ لضمان الوفاء، مما يُخوّل للدائن المرتهن حقّ أولويّة على ذلك الشيء في استيفاء دينه، إذا لم يوفِ المدين بالتزامه .

---

(1) - كان الفصل 1532 م.إ.ع. يعرّف عقد الرهن ثم أبطل العمل به بدخول مجلة الحقوق العينيّة حيز التنفيذ، (صدرت بالقانون عدد 5 المؤرخ في 12 فيفري 1965 ، رائد رسمي. عدد 10 مؤرخ في 19 و23 فيفري 1965، ص 200).

(2) - انظر ، سمير جميل حسين الفتلاوي ، مرجع سابق ، ص 475 وماب.

ويجوز رهن كلّ ما يمكن بيعه (فصل 205 م.ح.ع.) ، ويجوز أن يكون الرّهن ضماناً لاعتماد مفتوح أو لمجرّد فتح حساب جار، أو لدين مستقبل أو محتمل أو معلّق على شرط (فصل 206 م.ح.ع.)..

ب - ~~خصائص~~ صفات عقد الرّهن :

يتمتّع الرّهن بعدّة صفات ~~وخصائص~~، أهمّها ما يتعلّق بطبيعة الحق الناشيء عنه. فهو حقّ عيني تبعي وغير قابل للتجزئة :

1 - يُرتّب حقّاً عينياً لا شخصياً :

يُعتبر الرّهن ضماناً خاصاً يترتّب على الشيء المرهون مباشرة، ويُخوّل للمُرتهن حقّ استيفاء دينه من ثمنه، وهذا يمنحه اطمئناناً على وفاء مدينه بالتزامه، لذلك يعتبر من التأمينات العينيّة[1].

وتأييداً لذلك نجد أنّ المشرّع التونسي قد ألغى العمل بالفصول التي تنظم الرهن في مجلة الالتزامات والعقود، وأدرج أحكامه في مجلّة الحقوق العينيّة .

2 - يُرتّب حقاً تبعياً لا اصلياً :

لأن الرهن حق يترتّب لضمان حق شخصي فهو تابع له. وهذا ما أكّده الفصل 201 م.ح.ع، الذي اقتضى بأن يُخصّص المدين الراهن شيئاً أو حقاً لضمان الوفاء بالتزام.

وهذا يعني أنّه لا يمكن تصوّر قيام رهن مستقلّ دون وجود التزام، والرهن يواكب الالتزام وجوداً وعدماً، فلو بطل الالتزام مثلاً يبطل الرهن تبعاً لذلك، وإذا انقضى الالتزام تحقّق الانقضاء للرّهن[2].

---

(1) - عبد الجواد السرميني وعبد السلام الترمانيني ، القانون المدني (الحقوق العينيّة)، ج. 1، منشورات جامعة حلب ، 1986 ، ص 18.

- انظر ، نور الدين بسرور ، الخصائص العامّة للتأمينات العينيّة ، دراسة منشورة في عمل جماعي لمجموعة من الأساتذة بإشراف الأستاذ بشير الفرشيشي بعنوان : (دراسات في قانون التأمينات)، المطبعة العصريّة ، تونس ، 1997 ، ص 51 وماب .

(2) - عبد المنعم عبود ، مجلة الحقوق العينيّة مُعلّق عليها ، دار اسهامات في أدبيات المؤسّسة ، تونس ، 1998 ، ص 272 و273 .

- انظر ، الحبيب عمّار ، العقود التجاريّة ، مقالة سابقة ، ص 12 وماب.

3 - يُرتّب حقًا غير قابلٍ للتجزئة :

وهو ما أكّده الفصل 208 م.ح.ع، الذي ينصّ على أنّ : «الرهن غير قابل للتجزئة، ويبقى بكامله على كل جزء من الشيء الذي هو موضوعه، ويضمن جُملة الدين».

تعتبر هذه الخاصّية امتداداً للطبيعة العينيّة للرهن، لأنّ من مميزات الحقوق العينيّة ورودها على جملة الشيء موضوع الحقّ ، وتفيد ضمان كلّ جزء من الشيء لكامل الدين، وبقاء كل جزء من الدين مضموناً بكامل الرّهن[1].

ثانياً - تجاريّة عقد الرهن :

أدرج المشرّع التونسي الرهن في المجلة التجاريّة ، تحت العنوان الثاني من الكتاب الخامس (في القواعد الخاصّة ببعض العقود التجاريّة). بالإضافة للأحكام الخاصّة ببعض الرهون التجاريّة، كرهن الأصل التجاري مثلاً (الفصل 236 وما بعده من المجلة التجاريّة) أو رهن السندات (الفصل 710 وما بعده م.ت.).

ومن أهمّ خصائص عقد الرهن التجاري أنّه تجاريّ بالتبعيّة (أ) وتبعيّته هذه ليست دائماً شخصيّة، بل تكون أيضاً تبعية موضوعيّة (ب).

أ - تجاريّة بالتبعيّة :

كثيراً ما يلجأ التجار إلى الرهن، كضمان مَرن وفعّال لحماية حقوق دائنيهم من مخاطر تقلبات السوق ، إذ يمنح للدائنين الطمانينة أكثر من الائتمان الشخصي والاعتماد على الثقة بحسن سمعة التاجر .

وإذا كان المشرّع التّونسي لم يُعرّف الرّهن التجاري ، إلاّ أنّ الفصل 599 م.ت. بيّن متى يكون الرهن تجارياً وكيفيّة إثباته، إذ ينصّ على أنّه :

---

(1) - عبد المنعم عبود ، مرجع سابق ، ص 282 و283.

«إذا رهن تاجر أو غيره شيئاً لضمان عمل من الأعمال التجاريّة فيثبت بالنسبة للمتعاقدين وغيرهما بالطرق المقرّرة بالفصل 598 من هذه المجلة ...»[1].

ولأنّ الرّهن بطبيعته لا يمكن أن يكون عقداً أصلياً ومستقلاً، ويتبع دائماً عملاً ما ، ويكون ضماناً لتنفيذ التزام ما ، فإنّ صبغته التجاريّة تكون دائماً تبعيّة، تُحدّدها طبيعة الالتزام الذي أُنشىء من أجله .

يمكن تدعيم هذا بالرّجوع إلى الفصل الثاني من المجلة التجاريّة، الذي لا يُمكنه أن يستوعب بين الحِرف التجاريّة (مهنة الرهن)، لأنّ الرهن أصلاً هو تأمين عيني يُنجَز من خلال عقد، ويهدف إلى منح الثقة وضمان تنفيذ الالتزامات بصورة سليمة .

وبناءً على ما سبق يمكن القول إنّ التاجر الذي يَرهن شيئاً أو حقاً ما، يكون قد قام بعمل تجاري بالتبعيّة، إذا كان هذا الرهن قد أُبرم ضماناً لعمل تجاري (الفصول 4 و599 م.ت.).
ويمكن إثبات هذا العقد بجميع وسائل الإثبات كما بيّنها الفصل 598 م.ت. المتعلّق بالعقود التجاريّة .

ب - التبعيّة الموضوعيّة :

تبرز خصوصيّة الفصل 599 م.ت. في الأخذ بنظريّة التبعيّة الموضوعيّة، لأنّ الراهن إذا كان تاجراً وتعلّق الرهن بنشاطه التجاري فإنّ الفصل 4 م.ت. يكفي لإقرار الصبغة التجاريّة لعقد الرّهن استناداً إلى التبعيّة الشخصيّة .

في حين أنّ الفصل 599 م.ت. لم يهتمّ بصفة التاجر للرّاهن، واكتفى بتوفّر الصبغة التجاريّة للعمل الذي أُنشيء الرّهن ضماناً له، وهذه الخصوصيّة تَميّز بها عقد الرّهن التجاري عن العقود التجاريّة الأخرى ، ويبدو ذلك جلياً في مطلع هذا الفصل : «إذا رهن تاجر أو غيره شيئاً لضمان عمل من الأعمال التجاريّة ...».

---

(1) – هذا الفصل ماخوذ عن الفصل 91 من المجلة التجاريّة الفرنسيّة الذي جاء بنفس المعنى . ويبدو أنّ المشرّع المصري سار بنفس الاتّجاه بالفصل 76 من قانون التجارة .

فلو أنّ شخصاً ليس له صفة التاجر رهن شيئاً يملكه[1] لضمان الوفاء بكمبيالة، فإنّ عملهُ يُعدّ تجارياً بالتبعيّة، رغم عدم توفّر صفة التاجر فيه . وذلك استناداً إلى نظريّة التبعيّة الموضوعيّة المكرّسة بالفصل 599 م.ت. . لأنّ الرهن تمّ ضماناً لعمل تجاري بطبيعته .

وقد يحدث أنّ يرهن شخص بعض مكاسبه ضماناً للوفاء بالتزامات غيره ، وهو ما يُطلق عليه اسم الكفالة العينيّة Cautionnement réel [2]. هذا الرهن أيضاً يُعدّ عملاً تجارياً إذا كان الالتزام المكفول تجارياً، حتى لو كان الكفيل العيني ليس له صفة التاجر (تبعيّة موضوعيّة).

ولقائل أن يقول بأنّ الفصل 599 م.ت. لا يهتمّ بالصّبغة التجاريّة لعقد الرهن، وإنّما يُركّز على وسائل إثباته فكيف يمكن الردّ على ذلك ؟

بالتمعن في هذا الفصل يمكن أن نستشفّ التجاريّة بالتبعيّة الموضوعيّة لعقد الرهن من خلال النقاط التالية :

1 – لقد أُدرج الفصل 599 م.ت. تحت عنوان القواعد الخاصّة ببعض العقود التجاريّة أي أنّ الرهن من العقود التجاريّة .

2 – لم يهتمّ هذا الفصل بصفة التاجر لإقرار إثبات الرهن بالطرق التجاريّة (المقرّرة في الفصل 598 م.ت. خصوصاً)، وإذا لم يكن الرهن التجاري مستنداً في تجاريّته على التبعيّة الموضوعيّة فكيف نثبت عقداً يبرمه غير تاجر بالطرق التجاريّة ؟ علماً أنّ المشرّع أجاز الإثبات بهذه الطرق بالنسبة للمتعاقدين والغير أيضاً، وهو ما يبدو في عبارة : «فيثبت الرهن بالنسبة للمتعاقدين وغيرهما ...» الواردة في الفصل 599 م.ت .

---

(1) – أجاز المشرّع التونسي أيضاً رهن ملك الغير في حالتين حدّدهما الفصل 203 م.ح.ع، الذي ينصّ على أنّه : «يصحّ رهن ملك الغير إذا أجازه المالك أو صار المرهون ملكاً للراهن».

(2) – انظر ، ليليا بوستّة ، الكفالة العينيّة ، مذكّرة للإحراز على شهادة الدراسات المعمّقة ، كليّة الحقوق والعلوم السياسيّة بتونس ، 1996 – 1997 ، ص 4 وما ب.

3 - اعتمد الشرّاح على الفصل 599 م.ت. لتقرير تجاريّة الرهن بالتبعيّة الموضوعيّة، فمنهم مثلاً من يقول بشأنه : «إنّ المشرّع قد عوّل في تجاريّة الرهن على طبيعة الدين المضمون، بحيث يكون الرهن مدنياً متى كان هذا الدين مدنياً. وتجارياً إذا كان الدينُ تجارياً ، يستوي في ذلك أن يكون الدائن أو المدين تاجراً أو غيرَ تاجرٍ ، وبعبارة أخرى فقد أضفى المشرّع التجاريّة على الرهن باعتداده بطبيعة الدين وليس بصفة الطرفين، وذلك أخذاً بالمذهب الموضوعي...»[1] .

بالرّجوع إلى القانون التجاري اللبناني، نجد أنّه يأخذ بالنظريّة الموضوعيّة صراحةً بالنسبة إلى عقد الرهن، إذ ينصّ الفصل 264 منه على أنّ : «الرّهن التجاري الخاضع للقواعد المحدّدة فيما يلي، هو الذي يُؤمَّن بموجبه الدين التجاري».

وإذا كان الرّهن التجاري متمتّعاً بخصوصيات عن غيره من العقود التجاريّة، فقد تنوّعت صوره وتعدّدت أشكاله أيضاً، ولكل شكل خصائصه ومزاياه.

الفقرة الثانية : أشكال الرهن التجاري

الأصل في الرّهن أنّه عمل مُحايد ولا يمكن وصفه ابتداءً بأنّه تجاري أو مدني[2]، وإنّما تنسحب الصبغة التجاريّة عليه تبعيّاً عندما يكون موظفاً لضمان الوفاء بالتزام تجاري، حتى لو لم يكن للراهن صفة تاجر .

هذا يعني أنّ الرهن يستلزم لانعقاده الأركان والشروط ذاتها سواء كان مدنياً أو تجارياً . والاختلاف يكون غالباً في قواعد الإثبات والنفاذ على الغير وإجراءات التنفيذ[3].

---

(1) - محمد لطفي الصيد ، عقد الرهن التجاري ، ملتقى جهوي (العقود التجاريّة) ، مرجع سابق، ص 176 و177 .

- انظر ، عبد الحكم فودة ، شركات الأموال والعقود التجاريّة في ضوء قضاء النقض ، مرجع سابق ، ص 122 وما.

- أيضاً ، مراد منير فهيم ، مرجع سابق ، ص 41 .

- أيضاً ، ادوار عيد ، العقود التجاريّة وعمليات المصارف ، مرجع سابق ، ص 159 و160.

(2) - جمال الدين عوض ، القانون التجاري ، مرجع سابق ، ص 51 .

(3) - انظر ، علي جمال الدين عوض ، الوجيز في القانون التجاري ، مرجع سابق ، ص 93 .

والرهون حسب مصدرها، قد تكون قانونيّة أو قضائيّة أو اتفاقيّة[1] ، وقد تنتقل حيازة محل الرهن من يد مالكه إلى يد المرتهن فيسمّى رهناً حيازياً، أو يبقى الشيء المرهون في يد مالكه ويدعى رهناً تأمينياً أو رسمياً .

وإلى جانب الرّهون العاديّة (أولاً)، يوجد بعض الرّهون ذات الطابع الخاصّ (ثانياً).

أوّلاً - الرهون العاديّة :

تُقسم الرهون التجاريّة بالنظر إلى محلّ الرهن - شأنها شأن الرهون المدنيّة - إلى شكلين رئيسين هما : الرهن العقاري (أ)، ورهن المنقول (ب).

أ - الرهن العقاري :

يُعرّف الرهن العقاري بأنه : «عقد بمقتضاه يخصّص المدين أو من ينوبه (الكفيل العيني) عقاراً أو حقاً عقارياً لفائدة الدائن المرتهن لضمان الوفاء بالتزام، فيخوّل له الحقّ في استيفاء دينه قبل غيره من الدائنين من ذلك الشيء، إذا لم يوفِ المدين بدينه»[2].

والرهن العقاري الاتفاقي هو عقد شكلي ، «والشكليّة فيه ترمي بالأساس إلى تأمين حدّ أدنى من الحماية بالنسبة للأطراف، وكذلك إلى حماية الغير المتمثّل في الإدارة على وجه التحديد...»[3].

---

(1) - عبد المنعم عبود ، مرجع سابق ، ص 271.

(2) - عبد الوهاب الجويني ، الشكليّة في تكوين الرهون ، دراسات في قانون التأمينات ، مرجع سابق، ص 448 و449.

(3) - عبد المنعم عبود ، الشروط الشكليّة لصحة عقد الرهن العقاري ، قت. مارس 1998، ص 126.
- انظر ، جمال الصالحي ، الشكليّة في العقود العقاريّة ، مذكرة لنيل شهادة الدراسات المُعمّقة في القانون الخاصّ ، كليّة الحقوق والعلوم السياسيّة بتونس ، 1995 - 1996 ، ص 2 وما ب.

والشروط الشكليّة في الرهن العقاري تكتسي أهمّية بالغة لصحته، حيث لا ينعقد ذلك التأمين العيني إلا في صورة احترامها، وهذه الشروط الشكليّة مزدوجة : الكَتْب والرُخَص الإداريّة .

1 - الكَتْـب :

ينصّ الفصل 275 م.ح.ع. على أنّه : «لا يصحّ الرهن العقاري إلا بكتب يعين به ذات العقار المرهون ومبلغ الدين».

ويفهم من هذا الفصل أن الرهن العقاري لا يصحّ إلا بعقد مكتوب، سواء كان رهناً مدنياً أو تجارياً ، ولا يكفي اتفاق الأطراف مشافهةً على تعيين العقار المرهون ومبلغ الدين المضمون .

«والكَتب يمكن أن يكون رسمياً أو كتباً بخط اليد ، وذلك بخلاف القانون الفرنسي والقانون المصري ، أين يُشترط لصحّة الرهن العقاري الاتفاقي أن يقع إفراغه في حجّة رسميّة...»[1] .

والمشرّع رغم أنّه ترك للأطراف حرّية اختيار شكل الكَتب، إلاّ أنّه أوجب أن يتمّ التحرير بالنسبة لبعض هذه العقود (وهي المتعلّقة بعقار مسجّل في السجلّ العقاري) على يد أشخاص معينين ، وهو ما جاء بالفصل 377 مكرّر (جديد) من مجلّة الحقوق العينيّة المُدرج بالقانون عدد 46 لسنة 1992 [2] ، الذي حصر تحرير هذه العقود (ومنها الرهن المتعلّق بعقار مسجّل) بأحد الأشخاص المذكورين أدناه :

---

(1) - عادل البرهومي ، الرهن العقاري الاتفاقي، قت. جويلية 1989 ، ص 22.

- انظر ، عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق ، ج. 10 (في التامينات الشخصيّة والعينيّة)، ص 277 وماب.

(2) - القانون عدد 46 المؤرّخ في 4 ماي 1992 المتعلّق بتنقيح وإتمام بعض الفصول من مجلّة الحقوق العينيّة ، رائد رسمي عدد 29 مؤرّخ في 12 ماي 1992 ، ص 548 . وقد أرجىء دخوله حيز التنفيذ مرّتين (في كلّ مرّة ثلاث سنوات).

وأرجئ للمرة الثالثة فيما يخصّ الرسوم السابقة بالقانون عدد 30 المؤرخ في 20 أفريل 1998، ولمدة ثلاث سنوات أخرى.

وبدأ سريانه على الرسوم العقارية المُحدثة بعد دخول هذا القانون حيز التنفيذ (تاريخ نشره بالرائد الرسمي).

- انظر ، رائد رسمي. عدد 32 مؤرخ في 21 أفريل 1998 ، ص 815.

- حافظ الملكيّة العقاريّة والمديرون الجهويّون وأعوان إدارة الملكيّة العقاريّة المكلفون بمهمّة التحرير .
- عدول الإشهاد .
- المحامون المباشرون (غير المتمرّنين).

وسرعان ما تنبّه المشرّع التونسي لسلبيات هذا الحلّ فأدخل فقرة إضافيّة بالفصل 377 مكرّر م.ح.ع. بموجب القانون عدد 84 لسنة 1992 [1] ، أعفى من خلالها المؤسسات البنكيّة والماليّة من الالتجاء إلى الأشخاص المعدّدين بذات الفصل لتحرير الرهون التي تبرمها، وذلك للتّخفيف على هذه المؤسّسات وحرفائها، خاصّة وأنّ لهذه المؤسسات ممثلين قانونيّين قادرون على كتابة هذه العقود بصورة صحيحة .

وبالرّجوع إلى الفصل 274 م.ح.ع. نجد أنّه ينصّ على أنّ : «الكتب المحرّر ببلد أجنبي لا يمكن أن يُرهن به عقار كائن بالبلاد التونسية أو أن يُعتمد لتسليط رهن عليه».

هذا يعني أنّ الرهون المتعلقة بعقارات موجودة في تونس، لا تصحّ إلاّ إذا حُرّرت عقودها في تونس. وبذلك يخرق المشرّع التونسي القاعدة المعروفة في مادّة تنازع القوانين بقاعدة (قانون محلّ الإبرام يحكم شكل العقد Locus regit actum) ، «ويمكن تفسير الحكم الاستثنائي المُتقدّم بالسياسة الحمائيّة والمُحافِظة المُنتهجة غداة الاستقلال وعلى امتداد الستينات من طرف المشرّع ...» [2] .

ودعم المشرّع التونسي هذا التوجّه بالفصل 8 من مجلّة القانون الدولي الخاصّ لسنة 1998 ، الذي حصر الاختصاص القضائي بالمحاكم التونسيّة فيما يخصّ الدعاوى المتعلّقة بعقار موجود في البلاد التونسيّة [3].

---

(1) - القانون عدد 84 المؤرّخ في 6 أوت 1992 المتعلّق بتنقيح مجلّة الحقوق العينيّة ، رائد رسمي. عدد 52 المؤرّخ في 7 أوت 1992 ، ص 994 .

(2) - عبد المنعم عبود ، الشروط الشكليّة لصحّة عقد الرهن العقاري ، مقالة سابقة ، ص 135.

(3) - ينصّ الفصل 8 من مجلة القانون الدولي الخاص على أنّه : «تختصّ المحاكم التونسيّة دون سواها بالنظر :

1 - ...

2 - إذا تعلّقت الدعوى بعقار كائن بالبلاد التونسية...».

ويوجب المشرّع التّونسي إشهار الرّهون المتعلّقة بالعقارات التونسيّة سواء كانت مسجلة بالسجل العقاري أم كانت غير مسجّلة[1].

فالفصل 278 م.ح.ع. كان ينصّ على عدم الاحتجاج برهن العقار على الغير إلا من تاريخ ترسيمه في السجلّ العقاري . ولكن بعد تنقيحه بقانون 4 ماي 1992 أصبح الرهن لا ينشأ إلا من تاريخ ترسيمه، إذ ينصّ الفصل الجديد على أنّه: «لا يتكوّن الرّهن العقاري إلا بعد ترسيمه، ويُرتّب بين الرّهون العقاريّة حسب القواعد المنصوص عليها بهذه المجلّة ...».

أمّا العقارات غير المسجّلة فيتمّ إشهار رهنها بواسطة التنصيص على ذلك برسم ملكيّته، وهو ما جاء في الفصل 279 م.ح.ع. الذي ينصّ على أنّه : «بالنسبة للعقار غير المسجّل فإنّ الترسيم بسجلّ الملكية العقارية يُعوّض بالتنصيص على الرهن برسم الملكية بواسطة عدلين».

2 - الرُخص الإداريّة :

اقتضى القانون لصحّة الرّهن العقاري - في حالات خاصّة - الحصول على رخص إدارية محدّدة ، وهي طريقة ذكيّة لمراقبة أو منع الإدارة لبعض العقود، وأهمّ هذه الرّخص :

- رخصة الوالي : تتعلّق بالرّهون التي يبرمها أجانب فيما بينهم، أو كان أحد الأطراف أجنبياً [2] وكانت خاصة بعقارات كائنة بالبلاد التونسيّة، وهو ما استقرّ عليه المشرّع التونسي[3]. فلا يكون الرّهن صحيحاً - إذا كان أحد الأطراف أجنبياً - إلا بالحصول على رخصة والي الجهة الموجود فيها العقار.

---

(1) - انظر ، حاتم عبد الحميد الرواتبي ، إشهار الرهن العقاري ، دراسات في قانون التأمينات ، مرجع سابق ، ص 245 وما.

(2) - كانت رخصة الوالي خاصة بالعقارات الفلاحيّة بموجب الأمر العلي المؤرخ في 4 جوان 1957 (رائد رسمي. صادر في 4 جوان 1957 ، ص 775)، وكانت تشمل التونسيين والأجانب على حدّ سواء، وبعد عدّة تعديلات أصبحت الرّخصة ضروريّة بالنسبة لجميع العقارات الكائنة بالبلاد التونسية، ثم صارت الرخصة مقصورة على الأجانب بمقتضى المرسوم عدد 4 المؤرّخ في 21 سبتمبر 1977 المتعلّق بالعمليات العقاريّة (رائد رسمي. صادر في 30 سبتمبر 1977 ، ص 2707) والذي تمّت المصادقة عليه بالقانون عدد 64 المؤرّخ في 26 أكتوبر 1977 .

(3) - انظر ، عبد المنعم عبود ، الشروط الشكلية لصحّة عقد الرهن العقاري ، مقالة سابقة ، ص 138 وما.

- رخصة وزير أملاك الدولة : تهمّ رهن حقّ الانتفاع بعقار فلاحي دَوْلي[1]، حيث ألزَمَت الفقرة الثالثة من الفصل 16 من القانون عدد 48 لسنة 1996 [2] بالنسبة لهذا الرّهن الحصول على ترخيص الوزير المكلّف بأملاك الدولة، ولا يكون صحيحاً إلا باحترام هذه الشكلية القانونيّة .

وتهدف هذه الرخصة إلى تمكين الإدارة من مراقبة كيفيّة ممارسة حقّ الانتفاع بالأراضي الفلاحيّة الدوليّة وحسن استغلالها[3] .

وفي العادة يُسند استغلال هذه العقارات على وجه الانتفاع لخرّيجي مدارس التكوين الفلاحي والفلاحين الشبّان المكترين لأراضي فلاحية دوليّة، وفق كرّاس شروط مضبوط . ويجوز لهؤلاء القيام برهن هذا الحقّ ضماناً لقروض تهدف إلى تحقيق الاستثمار في الأرض موضوع الانتفاع، وهو ما قرّرته الفقرة الثانية من الفصل 16 من قانون 10 جوان 1996 .

ورغم أنّ هذا الرّهن يقوم به فلاّح لا يتمتّع بصفة التاجر، إلا أنّه يعدّ تجارياً، على الأقلّ بالنسبة للمُقرض (الدائن) المرتهن، لأنّه غالباً ما يكون من المؤسسات البنكية التي تتمتّع بصفة التاجر . أما بالنسبة للفلاّح (الى) فيصبح الرّهن بالنسبة له تجارياً إذا رتّبه ضماناً للوفاء بكمبيالة توثق قيمة القرض .

ب - رهـن المنقـول :

يتميّز رهن المنقول عن الرهن العقاري بكونه عيني بالأساس، يستوجب تسليم الشيء المرهون للراهن. في حين أنّ الرهن العقاري يكون شكليّاً، وغالباً

---

(1) - يعرّف الفصل الأول من قانون عدد 21 المؤرّخ في 13 فيفري 1995 هذه العقارات بكونها: «الأراضي التي تمتلكها الدولة المعدّة للانتاج الفلاحي أو التي يمكن أن تصبح صالحة لذلك، أو التي وقع ترتيبها كاراضي فلاحية وفقاً للتشريع الجاري به العمل مهما كان موقعها، وكذلك المباني التابعة لها».

(2) - قانون عدد 48 مؤرخ في 10 جوان 1996 المتعلّق بتنقيح وإتمام القانون عدد 21 لسنة 1995 المتعلّق بالعقارات الفلاحيّة الدوليّة ، رائد رسمي. عدد 49 مؤرخ في 18 جوان 1996 ، ص 1266 .

(3) - انظر ، عبد الوهاب الجويني ، الشكليّة في تكوين الرهون ، دراسات في قانون التأمينات، مرجع سابق ، ص 464 وما ب.

مايكون غير ناقل للحيازة . ورغم الاختلاف بينهما إلا أنّ كليهما يتطلّب بوصفهما عقداً - ذات الشروط الأصلية اللازمة لإبرام العقود[1]، ويخضع من حيث تكوينه للقواعد العامة الواردة بالفصل 2 م.إ.ع.

وقد يتعلّق رهن المنقول بمنقولات مادية أو منقولات معنويّة[2]، وهو ما يؤكّده الفصل 205 م.ح.ع. الذي ينصّ على أنّ : «ما جاز بيعه جاز رهنه».

1 - رهن المنقول المادّي :

ينصّ الفصل 212 م.ح.ع. على أنّه : «يتمّ الرهن :
أولاً : بتراضي الطرفين على عقده .
ثانيًا : وبتسليم المرهون تسليمًا فعليًا للدائن أو لغيره ممن وقع الاتفاق عليه من الطرفين...»

الملاحظ أنّ هذا الفصل يتحدّث عن الرهن الحيازي للمنقول[3]، فيؤكّد بأنّه عقد عيني لا يتمّ فقط بتراضي الطرفين، بل يجب لتمامه تسليم العين محلّ التعاقد فعلياً للدائن المرتهن أو للغير . وهذه الصورة من الرهن هي الشكل التقليدي لرهن المنقول .
وإذا كان الرهن تجارياً فلا يُشترط فيه الكتب ويمكن إثباته بكلّ وسائل الإثبات (فصل 599 م.ت.).

وتشمل المنقولات المادّية التي تصلح أن تكون محلاً للرهن، كلّ شيء يمكنه أن ينتقل من مكان لآخر سواء بنفسه أو بفعل الغير، وله كيان مادّي ملموس كالأثاث والآلات وغيرها (الفصول 13 و 14 و 15 م.ح.ع.).

---

(1) - انظر ، شكري الشيخ ، الشروط الأصليّة لتكوين الرهن ، دراسات في قانون التامينات ، مرجع سابق ، ص 422 وما ب.

(2) - يعرّف الفصل 1028 من القانون المدني السوري رهن المنقول بكونه : «عقد يُخصّص بمقتضاه شيء منقول ، مادّي أو غير مادّي ، بتامين التزام ما».

(3) - انظر ، نور الدين البرهومي ، الرهن الحيازي للمنقول ، مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمّقة ، كليّة الحقوق والعلوم السياسيّة بتونس ، 1996 - 1997 ، ص 7 وما ب.
- أيضا ، الحبيب عمار ، العقود التجاريّة ، مقالة سابقة ، ص 13.

وإلى جانب المنقولات الماديّة يمكن أن تخضع المنقولات المعنوية أيضاً للرهن الحيازي أو غير الحيازي .

2 - رهن المنقول المعنوي :

تشمل المنقولات المعنويّة «جميع المنقولات التي لا تتمتّع بوجود ماديّ في ذاتها ، وإنّما هي آليات أحدثتها القوانين الوضعية ، فأعطتها وجوداً رمزياً ، يتجسّم من خلال السندات المثبتة لها كالأسهم والقيم المنقولة ...»[1].

وإذا كان إثبات رهن المنقول الماديّ سهلاً، وخاصّة إذا كان الرهن تجارياً - حيث يجوز إثباته بكلّ الوسائل (الفصل 598 و599 م.ت.)- فإنّ رهن المنقولات المعنوية لا يكون بنفس السهولة، ويختلف باختلاف المحلّ ، لذا يتوجّب التعرض لبعض الرهون الخاصّة الممكن إبرامها في الميدان التجاري خاصّة .

ثانياً - الرهون الخاصّة :

من أهمّ الرهون التي تتمتّع بخصوصيّة تميّزها عن الرهون العاديّة رهن الأصل التجاري (أ)، ورهن بعض الصكوك والسندات (ب).

أ - رهن الأصل التجاري :

لأن الأصل التجاري من الأموال المنقولة ويجوز بيعها، فمن الممكن إذن رهنها (فصل 205 م.ح.ع.). ويؤكد ذلك الفصل 236 من المجلّة التجاريّة الذي ينصّ على أنّه : «يجوز رهن الأصول التجاريّة، على أن يكون على الأقلّ مستوفياً للشروط وجارياً على الأوضاع المقرّرة فيما يلي ...».

ولأنّ الأصل التجاري منقولٌ معنويٌ - رغم احتوائه على عناصر ماديّة كثيرة - فقد ميّز المشرّع رهنه بأحكام خاصّة، أكثر تعقيداً من رهن المنقولات العادية[2] .

---

(1) - نور الدين البرهومي ، المرجع السابق ، ص 11.

(2) - خصّص المشرّع التونسي لرهن الأصل التجاري الفصول (من 236 إلى 240 ضمناً) م.ت. بالإضافة إلى أحكام مشتركة مع أحكام بيع الأصل التجاري الفصول (من 241 إلى 258 ضمناً) من نفس المجلّة .

1 - حالة عدم تحديد مشمولات الرهن :

قد يلجأ المدين إلى رهن الأصل التجاري الذي يملكه ضماناً لالتزاماته، دون أن يُحدّد مشمولات الرّهن. فهل تدخل جميع عناصر الأصل التجاري بالرّهن ؟

لقد أجاب الفصل 237 م.ت. في فقرته الثالثة على ذلك، حيث نصّت على أنّه : «إذا لم يعيّن صراحة وعلى وجه الدقّة في العقد ما يتناوله الرهن، فإنّه لا يكون شاملاً إلا العنوان والاسم التجاري والحقّ في الإجارة والحرفاء والسمعة التجاريّة...».

ولهذا يُفضّل أن يتّفق الأطراف على تحديد محلّ الرّهن بدقّة، لأنّ عناصر الأصل التجاري كثيرة . ويبدو أنّ المشرّع التونسي لم يشملها جميعاً بالرهن ولو تمّ الاتّفاق على ذلك .

2 - حالة تحديد مشمولات الرهن :

تنصّ الفقرة الأولى من الفصل 237 م.ت. على أنّه «لا يجوز أن يشمل رهن الأصل التّجاري من الأجزاء التابعة له، إلاّ عنوان المحلّ والاسم التجاري والحقّ في الإجارة والحرفاء والسمعة التجاريّة والأثاث التجاري والمعدات والآلات التي تستعمل في استغلال المحلّ وبراءات الاختراع والرّخص وعلامات المعمل أوالتجارة والأشكال والنماذج الصناعيّة، وعلى وجه العموم حقوق الملكيّة الصناعيّة والأدبيّة أو الفنيّة المرتبطة به ...».

هذا يعني أنّ الأطراف يمكنهم أن يحدّدوا مشمولات الرهن من ضمن العناصر المذكورة بهذه الفقرة .

ويمكن التساؤل هنا : لماذا حصر المشرّع العناصر الجائز رهنها بهذه القائمة من العناصر، واستبعد باقي محتويات الأصل التجاري؟

إنّ أهمّ العناصر المستبعدة من محتويات الأصل التجاري هي البضائع والسلع [1] ، وبما أنّ رهن الأصل التجاري من الرهون الحيازيّة[2]، فهذا يعني أنّه لا يستوجب التسليم، خروجاً عن القاعدة بالنسبة للرهن المنقولات (وهنا تبرز خصوصيّة رهن الأصل التجاري).

---

(1) - انظر ، محمود شمام ، الأصل التجاري ، مقالة سابقة ، ص 13.

(2) - Cf., Nébila MEZGHANI, Op. Cit., Vol. 1, p. 309 et suiv.

فلو جاز رهن كلّ عناصر الأصل التجاري بما في ذلك البضائع والسلع، لما تمكّن الراهن من التصرّف في البضائع وبيعها، وفي ذلك إرباكٌ لحياة التاجر وعرقلة لإمكانية وفاء ديونه المُوثّقة بالرهن .

كما أنّ رهن البضائع يستوجب تسليمها تطبيقاً للقاعدة الخاصّة برهن المنقولات ، في حين لم يقصد راهن الأصل التجاري إلاّ منح رهن تأميني، لضمان وفاء ديونه مع استمرار نشاطه التجاري.

ورغم أنّ الأصل التجاري من المنقولات، فإنّ المشرّع أوجب الكَتْب لرهنه، وفي هذا خصوصيّة أخرى تُميّز رهن الأصل التّجاري عن المنقولات عموماً، إذ ينصّ الفصل 238 م.ت. الخاصّ برهن الأصل التّجاري على أنه : «يثبت الرّهن بعقد رسمي أو بعقد بخطّ اليد مسجّل طبق القانون...».
وألزم الفصل نفسه في فقرتيه الثانية والثالثة إجراء تقييد الرهن بكتابة المحكمة التي يقع بدائرتها الأصل التجاري .

قد يتبادر إلى الذهن أنّ الكَتْبَ هو شرط للإثبات وليس شرط صحّة، إلا أنّ الفصل 239 م.ت. دحض هذا الاعتقاد[1]، حيث نصّ على أنّه : «يجب إجراء التقييد في خلال خمسة عشر يوماً من العقد وإلا كان الرّهن باطلاً...».

وبما أنّ الأصل التجاري هو أداة نشاط التاجر الأساسيّة، فإنّ رهنه يندرج عموماً في العقود التجاريّة بالتبعيّة الشخصيّة، ولا نلجأ إلى تطبيق نظريّة التبعيّة الموضوعيّة، إلا في حالة عدم استغلال الأصل التجاري من طرف مالكه، كما في حالة كرائه، حيث تنتقل صفة التاجر من المالك إلى المكتري (فصل 231 م.ت.)، فإذا ما قام مالك الأصل التجاري الذي هجر النشاط التجاري برهنه ضماناً لدين تجاري، فإنّ هذا الرهن يكون تجارياً تطبيقاً لنظريّة التبعيّة الموضوعيّة .

ب - رهن السندات القابلة للتداول :

يتمّ رهن السندات التجاريّة بطرق خاصّة، تُميّزها عن رهن المنقولات عموماً، إذ لا يكفي فيها التراضي والتسليم كما في الرهن الحيازي للمنقول.

---

(1) - انظر ، عبد الوهاب الجويني ، الشكليّة في تكوين الرهون ، مقالة سابقة ، ص 454 وماب.

وقد أبرز المشرّع التونسي طريقتين لرهن هذه السندات، تتمثّل الأولى بالتظهير التأميني والثانية بالقيد في السجلّات .

1 - الرهن بالتظهير :

تتعلّق هذه الطريقة بصورة خاصّة بالنسبة إلى الأوراق التجاريّة وغيرها من سندات قابلة للتداول، ويؤكّد ذلك الفصل 599 م.ت. في فقرته الثانية، التي تنصّ على أنّ : «السندات المتداول بيعها يثبت رهنها أيضاً بتظهيرها، إذا كان مستوفياً للشروط المقرّرة قانوناً، ومذكوراً به أنّ تلك السّندات سُلّمت على وجه الضمان...».

وقد بيّن المشرّع التّونسي كيفيّة إجراء التظهير بالنسبة للكمبيالة مثلاً في الفصول (من 276 إلى 282 ضمناً) من المجلّة التجاريّة .

تعرّض الفصل 281 م.ت. للتظهير التأميني، حيث نصّت الفقرة الرابعة منه على أنّه : «إذا كان التظهير يحتوي على عبارة «القيمة موضوعة ضماناً» أو«القيمة موضوعة رهناً» أو غير ذلك من العبارات التي تفيد الرّهن، فيمكن للحامل أن يجري جميع الحقوق المترتّبة على الكمبيالة...».

وقد جاء الفصل 220 من مجلة الحقوق العينيّة بنفس المعنى .

إذن يمكن رهن السّند التجاري القابل للتداول بمجرّد التوقيع على ظهره، مع ذكر أيّة عبارة تدلّ على أنّ التظهير للضمان[1].

2 - الرهن بالقيد في السجلات :

تخصّ هذه الطريقة السندات المُحجّر تداولها، أوالتي يشترط لانتقالها التضمين في سجلات مخصّصة لذلك، كسندات الأسهم والرّقاع الاسمية ، وهو ما جاء بالفقرة الثالثة من الفصل 599 م.ت. إذ تنصّ على أنّ : «سندات الأسهم وحصص الأنصباء والرقاع الاسميّة التابعة لشركات تجاريّة أو مدنيّة والتي لايحصل نقلها إلا بعد تضمينها بدفاتر الشركة . وكذلك التقاليد الاسميّة المضمنة

---

(1) - يوجد الكثير من السندات القابلة للرهن بواسطة التظهير، سواء كانت تمثّل مبلغاً من النقود أو بضاعة، كالكمبيالة والسند للأمر والواران ووثيقة الشحن وغيرها .

بالسجلّ الكبير للدين العمومي، فيثبت رهنها أيضاً بنقلها على وجه الضمان، على أن يذكر هذا النقل بالدفاتر المذكورة...». كما أكّدت هذا المعنى مجلّة الحقوق العينيّة في الفصل 221 منها .

وطريقة الرهن بالقيد في السجلات ليست محصورة في السندات، بل استعملها المشرّع في رهن بعض المنقولات الماديّة - خروجاً عن القاعدة الخاصّة برهن المنقولات - كالطائرات والسفن، حيث يتمّ رهنها بالتوثيق في سجلات خاصّة بها[1] .

أمّا السندات التي تكون للحامل فيثبت رهنها بالتسليم، وهو ما يؤكّده الفصل 219 من مجلة الحقوق العينيّة، الذي ينصّ على أنّه : «يثبت الامتياز على السندات التي للحامل بتمكين الدائن من السندات المرهونة».

ويبدو أنّ نظريّة التجاريّة بالتبعيّة الموضوعيّة قابلة للتطبيق، ليس في مجال رهن السندات فحسب، بل في عمليات أخرى متعلّقة أو مرتبطة بالسندات ذات الصبغة التجاريّة .

---

(1) - يتمّ تسجيل السفن مثلاً في سجلات السلطة البحريّة الموجودة بمربط السفينة، وذلك بورقة من السجلّ لكلّ سفينة (الفصل 23 وما بعده من مجلة التجارة البحريّة) ، وبذلك تتشابه مع السجلّ العقاري .

وقد بيّن الفصل 30 م.ت.ب. ضرورة إشهار الرهن المسلّط على السفينة بترسيمه في هامش الورقة المخصّصة من السجلّ للسفينة المرهونة.

المبحث الثاني :
التبعيّة الموضوعيّة في السنـدات التجاريّة

إنّ المُتمعّن في الفقرة الأولى من الفصل 4 م.ت. يستشفّ أنّ عبارتها واسعة جداً، ويمكن أن تستوعب كل الأعمال والأفعال المرتبطة بعمل اعتبره القانون تجارياً، فتُخضعها للمجلة التجاريّة، إذ تنصّ هذه الفقرة على أنّه : «تكون خاضعة لأحكام هذا القانون الأفعال والأعمال القانونيّة التابعة لممارسة التجارة ...».

ولأنّ الأعمال التجاريّة التي يقوم بها التاجر أثناء ممارسته لمهنته التجاريّة، قد تكون صبغتها التجاريّة مستمدّة من تبعيتها لنشاط التاجر، تطبيقاً للفقرة الثانية من الفصل 4 م.ت. الخاصّة بالتبعيّة الشخصيّة ، فإنّ التساؤل يبقى متعلّقاً بالأعمال التجاريّة المطلقة التي تكتسب تجاريّتها بقوّة القانون، حتى ولو قام بها شخص غير تاجر .

وهو ما يظهر جلياً في السندات التجاريّة وخصوصاً بالنسبة إلى الكمبيالة، التي صرّح المشرّع التونسي بتجاريّتها شكلاً بقطع النظر عن صفة ساحبها، تاجراً كان أو غير تاجر (فصل 269 م.ت.).

فهل يمكن تطبيق نظريّة التجاريّة بالتبعيّة على العمليات المتعلقة بهذه السندات (الفقرة الأولى) أوالعمليات اللاّحقة بها (فقرة ثانية) ؟

سنأخذ الكمبيالة كنموذج محْوَري لدراسة العمليات المتعلقة واللاحقة بالسندات التجاريّة عموماً، والأوراق التجاريّة خصوصاً، لأنها من أهمّ هذه السندات، وتتضمّن كلّ العمليات التي يدور حولها القانون الصرفي[1].

---

(1) – انظر ، نادية فُضيل ، الأوراق التجاريّة في القانون الجزائري ، دار هومة ، الجزائر ، 1998، ص 7 .

الفقرة الأولى : العمليات المتعلقة بالأوراق التجاريّة

تُعدّ الأوراق التجاريّة من أهمّ السندات التي يتمّ التعامل بها في الميدان التجاري، لما تلعبه من دور كبير في تبسيط المبادلات والتداول التجاري، وتحريك الاقتصاد .

وأهمّ ما تتميّز به الأوراق التجاريّة أنّها تستعمل كأداة وفاء وائتمان[1]، وتخضع لقواعد وأحكام خاصّة يطلق عليها اسم القانون الصرفي .

تنشأ الورقة التجاريّة بتوفّر بعض الشّروط الموضوعيّة والشكليّة فيها، وتتدعم قوّتها الصرفيّة والائتمانيّة بإخضاعها لبعض العمليات المتعلّقة بأطرافها، وتحديداً قبولها من طرف المسحوب عليه (أولاً)، أو المتعلّقة بتداولها بالطرق التّجاريّة وخصوصاً تظهيرها (ثانياً).

وما يهمّنا في هذا المجال هو التعرّف على هذه العمليات، وتحرّي إمكانية تطبيق نظرية التجاريّة بالتبعيّة عليها .

أوّلاً - قبول الورقة التجاريّة :

القبول عملية خاصّة بالكمبيالة دون باقي الأوراق التجاريّة الأخرى . ومن المُتعيّن التعريف بماهيّة القبول (أ) ، ثم التعرّض لتطبيق نظريّة التجاريّة بالتبعيّة على هذه العمليّة (ب).

أ - ماهيّة قبول الكمبيالة :

يحرّر الساحب الكمبيالة غالباً لاستيفاء دين له في ذمة المسحوب عليه، إلا أن سحب الكمبيالة لا يعني التزام المسحوب عليه بها، لأنّه يبقى غريباً عنها.

---

(1) - Cf. , Mohamed HACHEM, Les effets de commerce , Op. Cit., p. 5 et suiv.
- aussi, M. Hédi LAKHOUA, Cours de Droit commercial, Op. Cit., Fasc. I (Les effets de commerce), p. 7 et suiv.

أما إذا قَبِلها، فإن إلتزاماً صرفياً ينشأ بذمته، ويَدعم بذلك ضمانات الوفاء بالكمبيالة لصالح حاملها، الذي يطمئنّ على تحصيل قيمتها في تاريخ الاستحقاق[1].

يُعرّف الأستاذ اللّومي قبول الكمبيالة بأنّه : «التعهد الذي يقطعه المسحوب عليه على نفسه يوم إمضائه عليها، بدفع قيمتها في الأجل المحدّد من الساحب»[2].

أما الأستاذ صبحي عرب فيُعرّف القبول بأنه : «تعهد المسحوب عليه بأداء قيمة السفتجة أن الاستحقاق ، ويتمّ هذا القبول بصورة خطيّة على السند نفسه، حيث تذكر عبارة تدل عليه ، كأن يكتب المسحوب عليه كلمة (مقبول) ويتبعها بتوقيعه»[3] .

وقد نظّم المشرّع التونسي القبول في القسم الرابع من الباب المتعلق بالكمبيالة، المُدْرج في الكتاب الثالث من المجلة التجاريّة، وبيّن الحالات التي يجب فيها عرض الكمبيالة للقبول، والحالات التي لا يجب فيها العرض.

1 - حالات وجوب العرض للقبول :

المبدأ هو أن لحامل الكمبيالة الحرّية في تقديمها للمسحوب عليه للقبول، ويستفاد ذلك من مطلع الفصل 283 م.ت. الذي جاء فيه أنّه : «يمكن أن يُعرض قبول الكمبيالة على المسحوب عليه بمقرّه، إلى تاريخ الحلول سواء من قِبَل الحامل أو من أي شخص ماسك لها...».

---

(1) - هشام فرعون ، القانون التجاري البرّي ، مرجع سابق ، ج. 2 ، ص 64.
- Cf., RIPERT et ROBLOT, Op. Cit., T. 2, p. 193 et suiv.

(2) - الطيب اللّومي ، الوسيط في الأوراق التجاريّة في التشريع التونسي، مرجع سابق، ص125.
- Cf., Youssef KNANI, Droit commercial (Les effets de commerce ...), Op. Cit., p. 113 et suiv.

(3) - صبحي عرب ، محاضرات في القانون التجاري (الأسناد التجاريّة : الشيك ، السُفتجة ، السند لأمر)، منشورات الأندلس ، الجزائر ، 1990 ، ص 92 .

لكن هذا المبدأ يُخرقه عديد الاستثناءات التي تَحدّ من مداه[1]، إذ توجد حالتان يصبح فيها عرض الكمبيالة للقبول اجبارياً[2] هما :

– حالة تضمين الكمبيالة شرط العرض للقبول، الوارد بالفقرة الثانية من الفصل 283 م.ت، التي تنصّ على أنّه : «يمكن للساحب أن يشترط في كل كمبيالة وجوب عرضها للقبول مع تعيين أجل لذلك أو بدون تعيين له ...».

ويتوجب في هذه الحالة على الحامل عرض الكمبيالة للقبول، وإلا اعتبر مهملاً فيفقد حقّه بالرجوع على المُمضين على الكمبيالة .

– حالة كون الكمبيالة واجبة الوفاء بعد مدّة من الاطلاع ، وهذه الحالة تفرضها طبيعة الأشياء، لأنّ سريان المدّة يبدأ من تاريخ القبول ، وقد تعرّضت الفقرتان السادسة والسابعة من الفصل 283 م.ت. لهذه الحالة، إذ تنصان على أن : « ...الكمبيالات التي تُدفع بعد أجل الاطلاع، يجب أن تعرض للقبول في خلال سنة من تاريخها .

ويجوز للساحب أن يعين أجلاً أقصر أو أطول من الأجل المذكور...».

وأجازت الفقرة الثامنة من نفس الفصل للمُظهّرين اختصار الآجال المذكورة . لأنّ شرط العرض للقبول هو حقّ للحامل والمُظهّرين، إذ يؤكّد الفصل 283 م.ت. على ذلك في الفقرة الخامسة التي تنصّ على أنّ : «كلّ مُظهّر للكمبيالة يمكن له أن يشترط وجوب عرضها للقبول مع تعيين أجل لذلك أو بدون تعيين له، ما لم يكن الساحب قد صرّح بمنع عرضها للقبول...».

2 – حالات عدم العرض للقبول :

إن حق العرض للقبول ليس مطلقاً، لوجود حالات تجعل هذا الحق محجوراً أو مُنعدماً، وهذه الحالات هي :

---

(1) - Cf. , M. Hédi LAKHOUA, Op. Cit., p. 93 et suiv.
(2) - M. Larbi HACHEM, Op. Cit., p. 70 et suiv.

- **حالة تضمين الكمبيالة شرط عدم القبول** : قد يُدرِج الساحب شرطاً في الكمبيالة يَمنع فيه عرض الكمبيالة على المسحوب عليه، خصوصاً عندما لا يكون مُتأكداً من وجود المؤونة عند انشائه للكمبيالة، الأمر الذي يُخوّل للمسحوب عليه رفض القبول فيما لو عرضت عليه[1].

بالرّجوع للفصل 283 م.ت. نجد أنّه يُخوّل للساحب وحده دون المُظهّرين إدراج شرط عدم القبول، ويستثني إمكانيّة إدراج هذا الشرط في بعض الحالات، إذ تنصّ الفقرة الثالثة منه على أنّ الساحب «يمكن له أن يَمنع بنصّ الكمبيالة عرضها للقبول، ما لم تكن الكمبيالة واجبة الدفع عند أجنبي، أو في موطن غير الذي به مقرّ المسحوب عليه، أوكانت مسحوبة لدفعها بعد مدّة من الإطلاع...».

- **حالة الكمبيالة المُستحقة لدى الإطلاع** : في هذه الحالة لا معنى لعَرض الكمبيالة قبل المطالبة بوفائها، طالما يُمكن قبض قيمتها في الوقت الذي تعرض فيه للقبول[2]، وهو ما يؤكده الفصل 291 م.ت. الذي ينصّ على أنّ : «الكمبيالة المسحوبة للوفاء بها لدى الإطلاع تكون واجبة الدفع عند تقديمها، ويجب أن تقدّم للدفع في خلال سنة من تاريخها ...».

وما يهمّنا في هذا البحث من عملية القبول بشكل أساسي، طبيعة الإلتزام المترتب بذمّة المسحوب عليه القابل، ومدى الصبغة التجاريّة لهذه العمليّة من خلال تطبيق نظريّة التبعيّة عليها .

---

(1) - Cf., Beya BEN AMOR, Le refus d'acceptation d'une lettre de change, Mémoire pour D.E.A. , Fac. Dr. Scien. Pol. , Tunis, 1993-1994, p. 12 et suiv.

(2) – جاك يوسف الحكيم ، مرجع سابق ، ج. 2 ، ص 108 .

– انظر ، برهان الدين جمل ، مرجع سابق ، ص 89 و 90.

ب - تطبيق نظريّة التجاريّة بالتبعيّة على القبول :

يكفي قانوناً لإجراء القبول توقيع المسحوب عليه بصدر الكمبيالة، وهو ما يؤكّده الفصل 285 م.ت. الذي ينصّ على أنّه : «تُكتب علامة القبول على الكمبيالة، ويُعبّر عنه بكلمة «مقبول» أو بكلمة أخرى تماثلها، وتكون ممضاة من المسحوب عليه. وإن مجرّد إمضاء المسحوب عليه بصدر الكمبيالة يُعتبر منه قبولاً».

يؤكّد الفصل نفسه في فقرته الثالثة على ضرورة أن يكون القبول مجرّداً ومطلقاً ، مع إمكانية القبول الجزئي لقسم من مبلغ الكمبيالة .

ولأن المسحوب عليه يترتّب عليه التزامٌ بمجرّد قبوله للكمبيالة، فهذا يعني ضرورة توفّر الشروط الموضوعيّة الواجب توفّرها في الالتزامات عموماً[1].

وإذا كان المشرّع التونسي قد اعتبر إنشاء الكمبيالة عملاً تجارياً مطلقاً بصراحة الفصل 269 م.ت. فهل يمكن تعميم الحكم على التزام المسحوب عليه القابل، باعتبار أن القبول عمليّة تبعيّة لعمل تجاري ؟ وبمعنى آخر هل يمكن تطبيق نظريّة التجاريّة بالتبعيّة الموضوعيّة على القبول ؟

إنّ الإجابة عن هذا التساؤل تستوجب التحليل والرّبط بين بعض الفصول القانونيّة، وخصوصاً الفصول 4 و 269 و287 من المجلّة التجاريّة .

ويمكن اعتماد الحجج التالية في الدفاع عن إمكانية تطبيق نظريّة التبعيّة على قبول الكمبيالة واعتباره عملاً تجارياً :

1 - إنّ القبول عمليّة تُنشىء التزاماً صرفياً بذمّة المسحوب عليه منذ إمضائه على الكمبيالة، في حين يبقى دينه عادياً تجاه الساحب قبل القبول ، وقد يكون مدنياً أصلاً، لاعلاقة له بالقانون الصّرفي أو التجاري .

---

(1) - انظر ، الطيب اللومي ، الوسيط في الأوراق التجاريّة... ، مرجع سابق ، ص 139 وماب.

ويمكن الاستناد إلى الفصل 287 م.ت. لتأكيد أنّ التزام القابل هو التزام صَرفي تجاه حامل الكمبيالة، لا يرتبط بالعلاقات السابقة بين المسحوب عليه والساحب ، إذ ينصّ هذا الفصل على أنّ : «القبول يُلزم المسحوب عليه بأن يدفع ما بالكمبيالة عند الحلول...».

فالمشرّع جعل القبول عمليّة صرفيّة مستقلة، تُنشىء التزاماً مستقلاً وتُدعّم ضمانات الكمبيالة، لأنّ القبول يشكّل اعترافاً من المسحوب عليه بوجود المؤونة تحت يده عند حلول أجل الدفع[1]، وهو ما يؤكّده الفصل 275 م.ت.
أمّا قَبل القبول فيبقى المسحوب عليه غريباً عن الكمبيالة، ولا يستطيع الحامل إلزامه بدفع قيمتها .

2 - إنّ الفصل 269 م.ت. جاء مطلقاً، إذ اعتبر أنّ الكمبيالة بكل عملياتها تعدّ عملاً تجارياً، ولم يحصر الصبغة التجاريّة بعمليّة انشائها فقط، إذ ينصّ على أنّه : «يعتبر القانون الكمبيالة عملاً تجارياً مهما كان الأشخاص المتعاملون بها...».

3 - وحتى على اعتبار أنّ الفصل 269 م.ت. يخصّ انشاء الكمبيالة، فإنّ تطبيق نظريّة التبعيّة الموضوعيّة ممكن، لأن الفصل 4 م.ت. لم يحصر التجاريّة التبعيّة بالنظريّة الشخصيّة، حيث إنّ الفقرة الأولى منه تستوعب جميع الأعمال التابعة لممارسة التجارة، إذ ينصّ على أنّه : «تكون خاضعة لأحكام هذا القانون الأفعال والأعمال القانونيّة التابعة لممارسة التجارة ...».

فإذا كان إنشاء الكمبيالة عملاً تجارياً مطلقاً، فإنّه يدخل في عبارة «ممارسة التجارة» المذكورة بالفقرة السابقة الذكر، وبالتالي يُعدّ القبول عملاً تجارياً بالتبعيّة الموضوعيّة للكمبيالة . أي يكتسب صبغته التجاريّة حتى لو كان القابل لا يتمتّع بصفة التاجر .

ومن باب أولى إذا كان قابل الكمبيالة تاجراً، وقَبِلها لتعلقها بنشاطه التجاري ، لأن نظريّة التبعيّة بشقّيها الشخصي والموضوعي تكون منطبقة على هذه الحالة الأخيرة، ويمكن الاستناد إلى أيّ منهما لإثبات تجاريّة القبول .

---

(1) - الهادي المحيرصي ، الأوراق التجاريّة ، مقالة سابقة ، ص 14 .

وقبول الكمبيالة يُسهّل تداولها بالطرق التجاريّة، الذي يعتبر من أهم خصائص السندات المُتعامل بها في الميدان التجاري، وبصورة خاصة بالنسبة إلى الأوراق التجاريّة ، التي يتمّ تداولها عموماً بالتظهير .

ثانياً - تظهير الورقة التجاريّة :

إنّ أوّل عمل من أعمال التداول للورقة التجاريّة، يتمثّل في تسليمها من الساحب إلى المستفيد . وقد يحتفظ بها هذا الأخير حتى حلول أجلها، ويتقدّم بها للاستخلاص ، وقد يتولّى إحالتها لغيره عبر تقنيّة التظهير، ما لم يكن مُدرجاً بها شرط مخالف [1] .

سنأخُذ تظهير الكمبيالة كنموذج للدراسة، لأنها تستوعب كلّ أحكام التظهير، في حين أن الأوراق التجاريّة الأخرى تأخذ بها جزئياً .

يعرّف الأستاذ هشام فرعون التظهير بأنّه : «بيان يدوّن على السُفتجة أوالورقة المتّصلة بها، فتنتقل بفضله من شخص إلى آخر . يدعى الشخص الذي وضع هذا البيان «المُظهِّر»، ويدعى الشخص الذي وُضع هذا البيان لمصلحته (المظهَّر له)»[2].

أمّا الأستاذ عبد الحكم فودة فيُعرّفه على النّحو التالي : «التظهير أوالتحويل تصرّف قانوني صادر من المظهِّر بإرادته المُنفردة، يَنقل فيه حقّه الشخصي على الصك للمظهَّر إليه»[3].

ومن الصعب إيجاد تعريف جامع ومانع للتظهير، إلا أن ماهيّة هذه التّقنية الصرفيّة تتّضح من خلال بيان أنواعها (أ)، وتمهّد لدراسة صبغتها التجاريّة (ب).

---

(1) - Cf., M. Hédi LAKHOUA, Op. Cit., Fasc. 1 (Les effets de commerce), p. 105.

(2) – هشام فرعون ، القانون التجاري البرّي ، مرجع سابق ، ج. 2، ص 39.

(3) – عبد الحكم فودة ، الأوراق التجاريّة في ضوء الفقه وقضاء النقض ، مرجع سابق ، ص 87.

أ - أنـــواع التظهيـــر :

يُمكن تقسيم التظهير إلى نوعين رئيسين : أولهما ناقل للملكيّة، والثاني غير ناقل للملكيّة .

1 - التظهير الناقل للملكيّة :

هذا النوع من التظهير نجده في الاستعمال أكثر من الأنواع الأخرى[1] ، وخصوصاً من طرف البنوك عند خصم الكمبيالة ، إذ تنتقل ملكيّة الكمبيالة فيه للمظهَّر له مع الحقوق الناشئة عنها[2]، وهو ما يؤكّده الفصل 277 م.ت. الذي ينصّ على : «أن التظهير تنتقل بمقتضاه جميع الحقوق الناشئة عن الكمبيالة...».

والأصل أن كل كمبيالة تكون قابلة للتظهير، ولو لم يشترط صراحة سحبها لأمر ، أمّا إذا أدرج الساحب عبارة «ليس للأمر» أو عبارة مماثلة، فلا يجوز انتقال الكمبيالة بطريقة التظهير بل بطرق الإحالة العاديّة (فصل 276 م.ت.).

ويتمّ التظهير عادةً بتوقيع حامل الكمبيالة على ظهرها - ومن هنا جاءت تسمية التظهير - أو على ورقة مُلحقة (المُضافة) . وهو ما أكّده الفصل 276 م.ت. في فقرتيه الأخيرتين، إذ جاء فيهما أنّه : «يجب أن يكون التظهير على الكمبيالة ذاتها أو على ورقة ملحقة بها - أي المضافة - ويجب أن يكون مشتملاً على توقيع المظهِّر .

ويجوز أن لا يعيّن في التظهير الشخص المستفيد منه، أو أن يقتصر على توقيع المظهِّر لا غيره - وهو تظهير على بياض - وفي هذه الحالة الأخيرة لايكون التظهير صحيحاً، إلا إذا كان على ظهر الكمبيالة أو على المُضافة».

---

(1) - أمير المهيري ، التظهير في الكمبيالة ، رسالة تخرّج من المعهد الأعلى للقضاء ، وزارة العدل التونسية ، 1994 - 1995 ، ص 11.

(2) - الطيب اللومي ، الوسيط في الأوراق التجاريّة في التشريع التونسي ، مرجع سابق ، ص 180.

- Cf., Youssef KNANI, Droit commercial..., Op. Cit., p. 131 et suiv.

كما أوجب الفصل نفسه أن تكون صيغة التظهير مجرّدة ومُطلقة، وغير معلّقة على شرط . ومنع التظهير الجزئي وجعله باطلاً .

أما الفصل 278 م.ت. فقد نصّ على : «أنّ المُظهِّر ضامن للقبول والدفع، إلا إذا اقتضى شرط خلاف ذلك ...».

ولأنّ التظهير تصرّف قانوني، فيستلزم توفّر الشروط اللازمة لصحّة التصرّفات القانونيّة عموماً [1] ،«وتنشأ عن التظهير علاقة جديدة مستقلّة عن سابقتها، ويُعتبر المُظهّر ساحباً جديداً متضامناً مع الساحب الأول على أداء أو وفاء مبلغ الكمبيالة...»[2].

2 - التظهير غير الناقل للملكيّة :

هناك بعض الحالات لا يقصد فيها المظهِّر التنازل عن ملكيّة الكمبيالة، كما هو الحال بالنسبة إلى التظهير التوكيلي والتظهير التأميني .

- **التظهير التوكيلي** : قد لا يهدف المُظهِّر نقل ملكيّة الكمبيالة، بل فقط توكيل المظهَّر له في تحصيل مبلغها نيابة عنه، وهو ما يسمّى بالتظهير التوكيلي[3].

ويبيّن الفصل 281 م.ت. أهمّ خصائص هذا النوع من التظهير، إذ ينصّ على أنّه : «إذا كان التظهير محتوياً على عبارة «قيمة للاستيفاء» أو «للقبض» أو «بالوكالة» أو غير ذلك من العبارات التي تفيد مجرّد التوكيل، فيمكن للحامل أن يُجري جميع الحقوق الناتجة عن الكمبيالة، ولكنّه لا يمكن له أن يُظهِّرها إلا على سبيل الوكالة.

ولا يمكن في هذه الحالة للملتزمين أن يتمسّكوا ضدّ الحامل إلا بوسائل المعارضة التي كان من الممكن لهم معارضة المظهِّر بها .

إنّ النيابة التي يتضمنها التّظهير التوكيلي لا ينقضي حكمها بوفاة المُوكّل أو بفقدانه الأهليّة...».

---

(1) - أمير المهيري ، مرجع سابق ، ص 51 وما ب.

(2) - شكري أحمد السباعي ، مرجع سابق ، ج. 2 (الأوراق التجاريّة) ، ص 66.

(3) - المختار بكّور ، الأوراق التجاريّة في القانون المغربي ، مرجع سابق ، ص 61.

- Cf. , M. Larbi HACHEM, Les effets de commerce, Op. Cit., p. 111 et suiv.

الملاحظ من هذا الفصل الاختلاف بين التظهير التوكيلي والوكالة المدنيّة بالنسبة للانقضاء، حيث أنّ النيابة بالتظهير التوكيلي لا تنقضي بموت المُظهِّر أوفقدانه الأهليّة، في حين أنّ القاعدة المدنيّة التي وردت بالفصل 1157 م.إ.ع. تقضي بعكس ذلك ، إذ ينصّ هذا الفصل - فيما ينصّ - على انتهاء الوكالة المدنيّة بموت المُوكّل أو فقدانه أهليّته[1].

- التظهير التأميني : هو تظهير يُقصد به أن يَضمن الحقّ الثابت في الكمبيالة ديناً على المُظهِّر لصالح المظهَّر له ، ويجب أن يشتمل على أيّ تعبير يفيد أن التظهير تمّ على سبيل الرهن[2].

وكما رأينا سابقاً، فقد أورد الفصل 599 م.ت. المُتعلق بالرهون التجاريّة التظهير كطريقة خاصة برهن السندات القابلة للتداول ، إذ تنصّ الفقرة الثانية منه على أن :«السندات المتداول بيعها يثبت رهنها أيضاً بتظهيرها إذا كان مستوفياً للشروط المقرّرة قانوناً، ومذكوراً به أن تلك السندات سلّمت على وجه الضّمان ...».

بالرّجوع إلى الفقرتين الرابعة والخامسة من الفصل 281 م.ت. نجد أنّهما تُبَيّنان أهم أحكام التظهير التأميني، إذ تنصّان على أنّه : «إذا كان التظهير يحتوى على عبارة «القيمة موضوعة ضماناً» أو «القيمة موضوعة رهناً» أو غير ذلك من العبارات التي تفيد الرهن، فيمكن للحامل أن يجري جميع الحقوق المترتّبة على الكمبيالة . ولكنه إذا حصل منه تظهير فلا يعدّ تظهيره إلاّ على سبيل الوكالة.

ولا يمكن للملتزمين أن يتمسّكوا ضدّ الحامل بوسائل المعارضة المَبنيّة على علاقاتهم الشخصيّة بالمُظهِّر، إلا إذا تعمّد الحامل عند تسلّمه الكمبيالة الإضرار بالمدين».

---

(1) - الهادي المحيرصي ، الأوراق التجاريّة ، مقالة سابقة ، ص 15 .

- انظر ، الطيب اللّومي ، الوسيط في الأوراق التجاريّة ... ، مرجع سابق ، ص 214 وماب.

(2) - نادية فُضيل ، الأوراق التجاريّة في القانون الجزائري ، مرجع سابق ، ص 53.

- انظر، هاني محمد دويدار ، القانون التجاري اللبناني، مرجع سابق ، ج. 2 ، ص 377 وماب.

والتظهير التأميني لا يتمّ في الغالب إلا لبنك، وخاصّة إذا كان مبلغ الكمبيالة كبيراً ويحتاج حاملها لمبلغ صغير، أو كان ميعاد استحقاقها بعيداً ، فيلجأ الحامل إلى الاقتراض بضمان الكمبيالة[1].

يكون المُظهَّر له في مركز المُرتهن حيازياً. وله أن يمارس كل الحقوق المترتّبة على الكمبيالة، ولكن ليس له أن يُظهِّرها تظهيراً ناقلاً للملكية. وأي تظهير يقوم به يكون تظهيراً توكيلياً [2].

ولأن التظهير بأشكاله الثلاثة يعدّ من قبيل الأعمال القانونيّة (إحالة دين أو وكالة أو رهن) ، ويُرتب التزامات قانونيّة بذمة طرفيه، أو على الأقلّ بذمّة المُظهِّر ، فلا بدّ من دراسة مدى تجاريّة التظهير، لما في ذلك من أهميّة لمعرفة القانون المنطبق على هذه العملية .

ب - تجاريّة التظهير :

بما أن التظهير عمليّة قانونيّة تابعة للسندات التجاريّة، وخصوصاً في ميدان الأوراق التجاريّة، كالكمبيالة والسند للأمر ... فهل يمكن تطبيق نظريّة التبعيّة على هذه العمليّة ؟

للإجابة على هذا التساؤل، لابد من التذكير أنّ التاجر الذي يقوم بتظهير السند التجاري لحاجات تجارته، يمكن إخضاعه للقانون التجاري، استناداً إلى نظريّة التبعيّة الشخصيّة (فصل 4 م.ت.).

إلا أنّ الخصوصيّة التي أفردها المشرّع التونسي وغالبيّة التشريعات للأوراق التجاريّة، تكمن بإخضاعها لأحكام القانون الصّرفي، المُستمدّ عموماً من معاهدات جنيف الخاصّة بتوحيد الأحكام المنظّمة للأوراق التجاريّة، وهو ما يمنح هذه الأوراق تميّزاً وقوة في نظامها القانوني .
ولا أدلّ على ذلك من تصريح المشرّع التونسي بالصبغة التجاريّة المطلقة للكمبيالة (فصل 269 م.ت.)، وهو ما يمكن القياس عليه بالنسبة للباقي الأوراق التجاريّة لخضوعها جميعاً للقانون الصرفي .

---

(1) - عبد الله محمد عمران ، الأوراق التجاريّة في النظام السعودي ، مرجع سابق ، ص 110.
(2) - نادية فُضيل ، الأوراق التجاريّة في القانون الجزائري ، مرجع سابق ، ص 53.

وهذا يجرّنا للتساؤل عن إمكانيّة تطبيق نظريّة التبعيّة الموضوعيّة على تظهير الورقة التجاريّة . وبمعنى آخر هل يُعتبر التظهير عملاً تجاريّاً بالتبعيّة الموضوعيّة ؟

يمكن التأكيد على تجاريّة التظهير بالنسبة للأوراق التجاريّة اعتماداً على التبعيّة الموضوعيّة، دون غيرها من السندات القابلة للتداول، استناداً إلى الحجج التالية :

1 - الأوراق التجاريّة لها الصبغة التجاريّة المطلقة دون باقي السندات القابلة للتداول، وتخضع لوحدها للقانون الصرفي، المتميّز بشدّة أحكامه وتفرّده عن الأحكام العامة للسندات القابلة للتداول[1] .

فإذا كان إنشاء السند التجاري عموماً يرتب التزامات تجاريّة، فإن الورقة التجاريّة تنشىء التزامات صرفيّة ذات خصوصيّة، حتى لو كان المُلتزم لا يتمتّع بصفة التاجر .

وهذا يعني ضرورة اللجوء إلى نظرية التبعيّة الشخصيّة للبحث في تجاريّة تداول السندات القابلة للتداول عموماً، وفق أحكام القانون التجاري .

في حين يمكن الاستناد إلى نظريّة التبعيّة الموضوعيّة لإثبات تجاريّة تظهير الورقة التجاريّة .وبالتالي خضوعها للقانون الصرفي، وليس للمبادئ العامة للقانون التجاري سواء كان المُظهِّر تاجراً أم غير تاجر.

يبدو ذلك ظاهراً بالنسبة للكمبيالة، من خلال إطلاق النص القانوني الخاصّ بالصبغة التجاريّة للكمبيالة، وذلك عندما قرّر الفصل 269 م.ت. أنه : «يَعْتبر القانون الكمبيالة عملاً تجارياً مهما كان الأشخاص المتعاملون بها...».

فعبارة «الأشخاص المتعاملون بها» الواردة في هذا الفصل تستوعب الساحب والمسحوب عليه والحامل وجميع المظهرين، وهذا يعني أن المُظهِّر يقوم

---

(1) - الملاحظ أنّ أغلب التشريعات (ومنها التشريع التونسي) أدرجت أحكام القانون الصرفي ضلب قوانينها التجارية، اقتباساً أو نقلاً عن معاهدات جنيف المتعلقة بالأوراق التجاريّة.

بعمل تجاري بالتبعيّة الموضوعيّة، لأن الكمبيالة تبقى عملاً تجارياً حتى لو تمّ تظهيرها من طرف شخص غير تاجر.

2 – ما يؤكد تجاريّة التظهير صيغة الفصل 4 م.ت، الذي جاءت فقرته الأولى واسعة، بحيث تشمل جميع الأعمال والأفعال التابعة لممارسة التجارة (ومنها الأعمال التجاريّة المطلقة كالكمبيالة).

ولو كانت صياغة هذا الفصل في فقرته الأولى محصورة بالأعمال المتعلّقة بالنشاط التجاري للتجار فحسب (كما هو الحال في الفقرة الثانية من نفس الفصل)، لقلنا أنّ المشرّع لم يأخذ بنظريّة التبعيّة الموضوعيّة ، وهذا ما يدحضه إخضاع التظهير لأحكام القانون الصرفي بصورة دائمة دون النظر إلى صفة المُظهِر.

ومما يدعّم القول بأنّ المُشرّع التونسي قد أخذ بنظريّة التجاريّة بالتبعيّة الموضوعيّة خصوصيّة الرهن التجاري، الذي يكتسب صبغته التجاريّة من كون الرهن مترتّب عن دين له صبغة تجاريّة ، حتى لو كان الراهن لا يتمتّع بصفة التاجر (وهو ما يؤكده – كما رأينا سابقاً – الفصل 599 م.ت.).

إذن التظهير عمليّة قانونيّة تكتسب صبغة تجاريّة بالتبعيّة الموضوعيّة للكمبيالة، وبالتالي تخضع لأحكام القانون الصرفي، وهو ما كرّسه المشرّع التونسي في المجلّة التجاريّة عند التعرّض لأحكام التظهير سواء بالنسبة للكمبيالة أوالسند للأمر أوالشيك (تضامن المدينين – عدم التمسّك بالدفوع...).

وإذا كانت عمليتا القبول والتظهير متعلّقتين بصورة مباشرة بالكمبيالة، وتظهران في أغلب الكمبيالات ، فهناك بعض العمليات الأخرى اللاّحقة بالكمبيالة لتكفل الوفاء بها ، أو تُسرّع في دفع قيمتها من قبل أشخاص غُرباء عنها عادة.

ولا بدّ من تحري امكانيّة إدراجها أيضاً في الأعمال التجاريّة بالتبعيّة الموضوعيّة . مع العلم أنها غير محصورة بالكمبيالة، بل يمكن إجراؤها على سندات تجاريّة أخرى وخصوصاً في السند للأمر .

الفقرة الثانية : العمليات اللاحقة بالأوراق التجاريّة

يكون من المُتّجه التعريف بماهيّة العمليات اللاحقة بالأوراق التجاريّة كنموذج عن السندات التجاريّة (أولاً) لبيان مدى صبغتها التجاريّة (ثانياً).

أوّلاً - ماهيّة العمليات اللاّحقة بالورقة التجاريّة :

تظهر العمليات اللاّحقة خصوصاً بالنسبة إلى الكمبيالة، في الكفالة أوالضمان الاحتياطي (أ)، وفي الخصم (ب).

أ - الكفالة (الضمان الاحتياطي) :

الضمان الاحتياطي أصله كفالة ، ولو بقيت الورقة التجاريّة كما كانت في الماضي أداة لتنفيذ عقد الصرف، لما كان غريباً أن تجري الكفالة في خصوصها كما تجري في المعاملات المعتادة ، وأن ينعقد عقدها بين الكفيل والدائن كما تنعقد أي كفالة .

إلا أن تطوّر الورقة التجاريّة كأداة تداول وائتمان أدت إلى التفرقة بين الدين الصرفي الذي تحتويه وبين الدّيون العقديّة المعروفة. ومن بين التغيّرات المنصبّة في هذا المجال، ما استقرّ عليه الحال في كفالة الورقة التجاريّة وتقرّبها من الطبيعة الصرفيّة للورقة ذاتها[1].

وقد عبّر المشرّع التونسي في المجلة التجاريّة عن الضمان الاحتياطي[2] بالكفالة، مما يُدخل الكثير من الاضطراب على تحديد معنى الكفالة المقصود. هل هي الكفالة الواردة بمجلة الالتزامات والعقود، أم هي نوع خاص من الضّمان وفره المشرّع لفائدة حامل الكمبيالة ؟

---

(1) - عبد الله عبود، الضمان الاحتياطي في الأسناد التجاريّة ، رسالة دكتوراه تمّت مناقشتها في جامعة دمشق في الفترة ما بين 1968 - 1973 (التاريخ غير مذكور بالتحديد)، منشورات غسان أديب استانبولي ، دمشق ، ط. 1 ، 1981 ، ص 54.

(2) - يقابل مصطلح الضمان الاحتياطي باللغة الفرنسية تعبير L'aval ، وتُرجم إلى اللّغة العربيّة بصورة متفاوتة تختلف باختلاف التشريع، فهو في التشريع التونسي كفالة، وفي التشريع اللبناني تكفّل، وفي التشريع السوري الضمان الاحتياطي.

للإجابة على هذا التساؤل لابدّ من التعريف بهذه المؤسسة القانونيّة، ثم التعرض لأهمّ آثارها .

1 - تعريف كفالة الورقة التجاريّة (الضمان الاحتياطي) :

ينصّ الفصل 289 م.ت. المتعلق بكفالة الكمبيالة على : «أن دفع مبلغ الكمبيالة يمكن أن يَضمنُه كلياً أو جزئياً كفيل .

ويكون هذا الضمان من أجنبي أو حتى من أحد الموقّعين بالكمبيالة...».

فالكفالة المقصودة حسب هذا الفصل هي ضمان دفع الكمبيالة[1]، وهي «نوع من الضمان الاحتياطي الذي وفّره المشرّع بالفصل 289، م.ت. لفائدة الحامل لزيادة ضمان خلاص الكمبيالة عند حلول أجل الوفاء»[2].

تتجسّد هذه الكفالة بتنصيص كتابي على الكمبيالة نفسها - أو على المضافة - مع امضاء الكفيل .

ويكفي الإمضاء على صدر الكمبيالة إذا كان صاحب الامضاء ليس ساحباً أو مسحوباً عليه ، وهذا ما ورد في الفقرات 3 و4 و5 من نفس الفصل ، إذ جاء فيها أنه : «يجب أن تُعطى الكفالة بكتابة على ذات الكمبيالة أوذيلها أو بكتب مستقل يبين به المكان الذي تمت فيه .

ويعبّر عنها بكلمات كهذه (يعتمد للكفالة) أو بما في مؤداها، ثم يوقع الكفيل عليها بإمضائه .

وتعتبر الكفالة حاصلة بمجرّد توقيع الكفيل على ظهر الكمبيالة[3]، إلا إذا كان صاحب التوقيع المسحوب عليه أو الساحب...».

---

(1) - Cf., Youssef KNANI, Op. Cit., p. 165.
- aussi , M. hédi LAKHOUA, Op. Cit., Fasc. 1, p. 122 et suiv.

(2) - الطيب اللّومي ، الوسيط في الأوراق التجاريّة ...، مرجع سابق ، ص 169.

(3) - يبدو أنّ هناك غلط في تعريب النص الفرنسي للفصل 289 في فقرته الخامسة ، فبدلاً من عبارة (صدر الكمبيالة recto de la lettre de chang) نجد عبارة (ظهر الكمبيالة)، مما يؤدّي إلى خلط بين الكفالة والتظهير على بياض.
وحبذا لو أنّ المشرّع صحّح هذا الغلط ليستقيم المعنى. مع العلم أن الكفالة يجوز إدراجها على ظهر الكمبيالة إذا كانت بعبارة واضحة تفيد الكفالة لتمييزها عن التظهير.

2 - آثار كفالة الورقة التجاريّة :

كفالة الكمبيالة وإن كانت تشبه إلى حدّ كبير الكفالة بالمال، الواردة بمجلة الالتزامات والعقود، لكنّ الكفيل الذي يُمضي على الكمبيالة يكون التزامه التزاماً صرفياً، وبالتضامن مع باقي المدينين في الكمبيالة، وهو ما كرّسه الفصل 310 م.ت، الذي ينصّ على : «ان ساحب الكمبيالة وقابلها ومظهّرها وكفيلها ملزمون جميعاً لحاملها على وجه التضامن .

ويكون للحامل حق الرجوع على هؤلاء الأشخاص منفردين أو مجتمعين بدون أن يكون مرغماً على مراعاة الترتيب الذي توالت عليه التزاماتهم...».

الملاحظ أنّ الكفالة في الكمبيالة تختلف أيضاً عن مؤسسة قريبة منها، وهي القبول بطريق التداخل[1]، الذي نظمه المشرّع التونسي بالفصل 322 وما بعده من المجلة التجاريّة[2]، وهو يحصل عند امتناع المسحوب عليه عن القبول أو عند تغيبه ، وذلك بوجود من يتداخل ويقبل الكمبيالة .

لكن هذا التدخّل يتمّ لصالح أحد الملتزمين بالكمبيالة، وإذا لم يحدّد صراحة، فإن التداخل يُعتبر لصالح الساحب (فصل 323 م.ت.).

«ويتمثّل وجه الاختلاف الرئيسي بين الكفالة في الكمبيالة والقبول بطريق التداخل، في أن القابل بطريق التداخل لا يضمن المسحوب عليه، بل أنّه يحل محلّه...»[3] .

بالرجوع إلى الفقرة السابعة من الفصل 289 وما بعدها من المجلة التجاريّة، نجد أنها توضّح حدود التزامات الكفيل، إذ تنصّ على أنه : «يلتزم الكفيل بمثل ما التزم به المكفول .

---

(1) - انظر، برهان الدين جمل ، مرجع سابق ، ص 100 وماب.

(2) - ينص الفصل 323 م.ت. في فقرته السادسة على أنّه : «من قَبِل بطريقة التداخل يكون ملزماً للحامل والمظهّرين التابعين لمن صدر التداخل لفائدته على الوجه الذي التزم به».

(3) - الفتحي عوني ، الكفالة في الكمبيالة ، رسالة تخرّج من المعهد الأعلى للقضاء ، وزارة العدل التونسيّة ، السنة الدراسية 1994 - 1995 ، ص 6 .

ويكون التزام الكفيل صحيحاً، وإن يكن الالتزام الذي ضَمِنَه باطلاً لأيّ سبب آخر غير عيب في الشكل :

إذا دفع الكفيل الكمبيالة، فإنّه يكتسب الحقوق المترتّبة على الكمبيالة تجاه المضمون والملتزمين له بمقتضى الكمبيالة».

كما نلاحظ من هذا الفصل، فإنّ الكفيل ملزمٌ تماماً كالمدين الذي كَفَله ، وأكثر من ذلك فإن التزامه يبقى مستقلاً عن التزام المدين المكفول، إذ يبقى ملزماً إذا ظَهَر أي سبب يُبطِل التزام المدين المكفول، كعدم الأهليّة أوالعيب في الرضا. واستثنى المشرّع أسباب البطلان الناتجة عن عيب في الشكل، حيث يبطل آنذاك التزام الكفيل ببطلان التزام المكفول[1] .

وإذا كانت الكفالة في الكمبيالة تُنشيء التزاماً صرفيّاً في ذمّة الكفيل، وتُعتبر ضماناً احتياطياً للوفاء بقيمة الورقة التجاريّة ، فهناك عمليات لاحقة أخرى يمكن أن تُجرى على الورقة التجاريّة للإسراع بالحصول على قيمتها، وأهمّها عمليّة الخصم .

ب - خصم الورقة التجاريّة :

يُعرّف الفصل 743 م.ت. الخصم بأنّه : «عقد يلتزم صيرفي بمقتضاه بأن يدفع سلفاً للحامل مبلغ أوراق تجاريّة أو غيرها من السندات القابلة للتداول، يحل أجل دفعها في تاريخ معيّن، ويسلمها له الحامل مع تحمّله بأداء قيمتها إذا لم يوفِ بها الملتزم الأصلي فيها .

ويكون للصيرفي - مقابل عمله - الحقّ في أخذ فائض له، وفي قبض أجرة عند الاقتضاء، عوضاً عن التظهير أو غيره من التكاليف...»[2].

---

(1) - بيار صفا ، الأوراق التجاريّة في الدول العربيّة ، مرجع سابق ، ص 53.

(2) - Cf., Taoufik BEN NASR , Elêments de Droit bancaire tunisien, Op. Cit., p. 276 et suiv.

من هذا التعريف يمكن تبيين أهمّ خصائص الخصم :

1 – فهو عقد يكون دائماً أحد طرفيه بنكاً ، ولا يجوز أن تقوم به شركات استخلاص الديون المنصوص عليها بالقانون عدد 4 لسنة 1998 [1] . لأنّ الخصم يتمّ على دين لم يحلّ أجله بعد . في حين أن شركات استخلاص الديون لا يمكنها شراء الدّيون التي لم يحلّ أجلها.

2 – الخصم عمليّة يمكن أن تتمّ على الأوراق التجاريّة (الكمبيالة – السند للأمر)[2] والعديد من السندات الأخرى القابلة للتداول .

3 – يدفع البنك قيمة السندات المخصومة سلفًا للحامل، بعد اقتطاع أجرة وفائض مقابل عمله .

4 – يتحمل المستفيد من الخصم أداء قيمة السند للبنك الخاصم، إذا لم يوفِ الملتزم الأصلي بها عند حلول أجلها .

وتتمّ عملية الخصم حسب القانون الصرفي، وخصوصاً عن طريق تظهير السند لصالح البنك تظهيراً ناقلا للملكيّة[3]، وبهذا يختلف الخصم عن عمليّة تحصيل البنك للسند لفائدة الحامل، إذ يتمّ التظهير فيها تظهيراً توكيلياً، وتكون عملية التحصيل لفائدة الحامل وليست لحساب البنك .

---

(1) – ينص الفصل 10 من القانون عدد 4 لسنة 1998 المتعلق بشركات استخلاص الديون، على أنّ: «الديون التي يمكن لشركات استخلاص الديون شراؤها هي الديون التي حلّ أجلها ولم يقع خلاصها وكان مقدارها محدداً...».

(2) – لا يخضع الشيك للخصم، وإن كان التطبيق البنكي يُطلق مصطلح «خصم الشيك» على عملية الدفع سلفاً أو إنزال قيمته في حساب الحريف إلى حين اتمام اجراءات استخلاصه في حجرة المقاصة، لأنّ هذه العمليّة هي منح تسبقة إلى حين استخلاصه وليست خصماً، خاصة وأن الشيك أداة وفاء، وقابل للوفاء بمجرّد الاطلاع عليه. وبذلك تخرج أيضاً الكمبيالات الواجبة الوفاء لدى الاطلاع عليها من إطار التعامل في عقد الخصم .

(3) - Cf., J.L. RIVES-LANGE et M. CONTAMINE-RAYNAUD, Droit bancaire, Op. Cit., p. 474.

بالتدقيق في خصائص الخصم، نلاحظ أنّه عمليّة مركّبة يصعب تحديد طبيعتها، و«باستقراء أولي يمكن القول أن عمليّة الخصم تشبه الفسيفساء»[1].

هذا مما أدى إلى خلاف فقهي حوله[2]، لا يتسع المجال لعرضه، يدور حول تكييف هذا العقد (مجرّد تظهير – عقد قرض – بيع سندات ...).
وقد فُنّدت كل نظريّة ودُحِضت بحُجج وأسانيد منطقيّة مقنعة .

بقطع النظر عن الخلاف الفقهي، فإن هذه العملية تتّسم بأنها عقد ذو طبيعة خاصّة، يلجأ إليه حامل السند للحصول على قيمته قبل حلول أجله، بسبب حاجته للنقود السائلة[3].

- وما يهمّنا من دراسة هذه العمليّة وغيرها من العمليات اللاحقة بالأوراق التجاريّة خصوصاً وبالسندات القابلة للتداول عموماً، هو صبغتها التجاريّة ومدى انطباق نظريّة التجاريّة بالتبعيّة عليها .

ثانياً - تجاريّة العمليات اللاّحقة بالورقة التجاريّة :

السندات القابلة للتداول ليست جميعها متمتّعة بالصبغة التجاريّة المطلقة – كما في الأوراق التجاريّة – وبالتالي فإن العمليات اللاّحقة بها لا تكون حتماً تجاريّة بالتبعيّة.

أما بالنسبة للعمليات اللاّحقة بالأوراق التجاريّة، كالكفالة والخصم، فإنّها تكتسب صبغتها التجاريّة بالتبعيّة (أ)، بقطع النظر عن صفة القائم بها، أي تنطبق عليها نظريّة التبعيّة الموضوعيّة (ب).

---

(1) – نزار الفجاري ، الخصم في المادة التجاريّة ، رسالة تخرّج من المعهد الأعلى للقضاء ، وزارة العدل التونسية ، 1995 – 1996 ، ص 7.

(2) – انظر ،علي البارودي ، العقود وعمليات البنوك التجاريّة ، مرجع سابق ، ص 398 .
– أيضاً ، نزار الفجاري ، نفس المرجع ، ص 8 وما ب.

(3) – هاني محمد دويدار ، القانون التجاري اللبناني ، مرجع سابق ، ج. 2 ، ص 254 وما ب.
- Cf., RIPERT et ROBLOT, Op. Cit., T. 2, 14è. éd., p. 453 et sulv.

أ - تجاريّـــة بالتبعيّـــة :

إذا كانت العمليات المتعلّقة مباشرة بالورقة التجاريّة كالقبول والتظهير، تكتسي صبغتها التجاريّة من تبعيّتها للورقة التجاريّة، وتُرتّب بذمّة الملتزم ديناً تجارياً بل وصرفياً أيضاً - شأنها شأن سحب الورقة - فهل يمكن تطبيق نظريّة التبعيّة على العمليات اللاّحقة بالورقة التجاريّة أيضاً ؟

1 - بالنسبة للكفالة : إذا كانت الكفالة مُدرجة في الورقة التجاريّة ذاتها أو على المضافة، فالأمر يبدو مشابهاً للقبول والتظهير، لأنّ التوقيع على الكمبيالة يُنشيء التزاماً صرفياً مستقلاً [1]، ويُصبح الكفيل ملزماً بما على الملتزم الأصلي الذي كَفِله[2].

- ويبقى السؤال مطروحاً بالنسبة للكفالة التي تكون بكَتْب مستقلّ، فهل يترتب على الكفيل التزام صرفي أو على الأقلّ التزام تجاري، استناداً إلى نظريّة التجاريّة بالتبعيّة ؟

بالنسبة للطبيعة الصرفيّة للكفالة بكَتْب مستقلّ عن الورقة التجاريّة، يبدو أنّه مشكوك فيها، لأنّ الكفيل لا يلتزم إلا إزاء الشخص الذي تمّت الكفالة لمصلحته، إذ أنّ الصكّ الذي حُرّرت فيه الكفالة لا يتمّ تداوله مع الورقة التجاريّة.

ومع ذلك يمكن اعتبار هذه الكفالة ذات صبغة تجاريّة بالتبعيّة، وإخضاعها لأحكام القانون التجاري، باعتبارها عقد كفالة تجاريّة، بسبب تبعيّتها لعمل تجاري (فصل 4 م.ت.).

2 - بالنسبة للخصم :

لأنّ البنك طرفٌ أكيد في كلّ عمليّة خصم، ولأن البنوك لها صفة التاجر، فإنّ كل خصم يجريه على أيّ سند تجاري يكون عملاً تجارياً بالنسبة له، ليس استنادا إلى نظريّة التجاريّة بالتبعيّة، بل استناداً إلى كون الخصم من العقود

---

(1) - عبد الله عبود ، مرجع سابق ، ص 66 وماب.

(2) - شكري أحمد السباعي ، مرجع سابق ، ج. 2 (الأوراق التجاريّة) ، ص 149.

البنكيّة المُدرجة ضمن نشاطه المهني. فهو نشاط رئيس للمؤسسة البنكيّة. وينطبق عليه الفصل 2 من المجلة التجاريّة، ولا حاجة لتطبيق نظريّة التبعيّة للتعرّف على الصبغة التجاريّة للخصم بالنسبة له .

كذلك إذا كان الحريف تاجراً، وقام بخصم السند القابل للتداول في إطار نشاطه التجاري، فيكفي الرّجوع إلى نظريّة التبعيّة الشخصيّة لإقرار الصبغة التجاريّة لهذه العمليّة بالنسبة له، حتى لو لم يكن السند ورقة تجاريّة .
أما إذا لم يكن الحريف تاجراً، فيمكن الاستناد في هذه الحالة إلى نظريّة التبعيّة الموضوعيّة لإقرار تجاريّة هذه العمليّة اللاّحقة بالورقة التجاريّة .

ب - تبعيّة موضوعيّة :

استناداً إلى القاعدة العامة التي تقضي بأنّ «الفرع يتبع الأصل»، فإنّ العمليات اللاّحقة بالورقة التجاريّة - ذات الصبغة التجاريّة المطلقة - يمكن اعتبارها عملاً تجارياً بالتبعيّة الموضوعيّة، أي حتى لو كان القائم بها لا يتمتّع بصفة التاجر .

فكفالة الكمبيالة دائماً تجاريّة ولو كان الكفيل ليس بتاجر ، لتبعيتها لورقة اعتبرها المشرّع صراحة ذات صبغة تجاريّة مطلقة[1]، وهذا ما يؤكّده الفصل 310 م.ت، إذ ينصّ على أنّ : «ساحب الكمبيالة وقابلها ومظهرها وكفيلها ملزمون جميعاً لحاملها على وجه التضامن...».

وحتى الكفالة بكتب مستقلّ يمكن اعتبارها عملاً تجارياً بالتبعيّة الموضوعيّة ، بل يمكن إضفاء الطبيعة الصرفيّة عليها[2]، اعتماداً على كون المشرّع لم يميّز في الفصل 310 م.ت. بين الكفالة على الكمبيالة ذاتها وبين الكفالة بكتب مستقلّ، ولاضرورة للارتباط المادّي بالكمبيالة حتى يكون التزام الكفيل صرفياً [3].

---

(1) - حافظ محمد ابراهيم ، القانون التجاري العراقي ، مرجع سابق ، ص 120 .
- بنفس المعنى ، سعيد يحيى ، الوجيز في النظام التجاري السعودي، مرجع سابق ، ص 52.
(2) - شكري أحمد السباعي ، مرجع سابق ، ج. 2 (الأوراق التجاريّة) ، ص 150 وماب.
(3) - الفتحي عوني ، الكفالة في الكمبيالة ، مرجع سابق ، ص 70 وماب.
- Cf. , M. Hédi LAKHOUA, Op. Cit., Fasc. 1, p. 124 et suiv.

والحامل الذي يتقدم إلى أحد البنوك ليخصم ورقة تجاريّة، يمكن اعتبار عمله تجارياً، حتى لو لم تكن له صفة التاجر، اعتماداً على نظريّة التبعيّة الموضوعيّة، على الأقل لأنّ الخصم غالباً ما يتمّ بالنسبة للأوراق التجاريّة عن طريق التظهير الناقل للملكيّة، مما يُنشىء في ذمّة المُظهّر التزاماً تجارياً بل وصرفياً .

إذن تُعتبر تجاريّة بالتبعيّة الموضوعيّة كلّ العمليات المتعلّقة واللاّحقة بالورقة التجاريّة، وترتّب التزاماً تجارياً صرفياً. وهذا التوسع في نطاق نظريّة التجاريّة بالتبعيّة له مبرّراته المنطقيّة، لأنّ الكمبيالة عمل تجاري مطلق، وهذا يعني أنّ صبغتها التجاريّة أقوى من تجاريّة الحرفة أو المؤسّسة اللتان تمثلان عماد القانون التجاري، وبالتالي يكون مقبولاً اضفاء الصبغة التجاريّة على كلّ العمليات المجراة عليها، سعياً لتوحيد الأحكام المنطبقة عليها وعلى العمليات المعلّقة واللاحقة لهذه الأوراق .

خلاصة الجزء الثاني

إذا كان القانون التجاري هو أساساً قانون الحِرف والمؤسسات التجاريّة، أي الأعمال التجاريّة التي يمارسها الأشخاص كنشاطٍ رئيسٍ لهم . فإن الميدان التجاري تدور في فلكه الكثير من الأنشطة الثانويّة ، وحتى الأعمال المنفردة التي تُلحق بالأعمال التجاريّة لاعتبارات عمليّة أو تاريخيّة .

ومن الأعمال المنفردة التي اكتسبت صبغة تجاريّة، إما بصورة مطلقة – أي حتى لو قام بها من لا يتمتّع بصفة التاجر– وإما بصورة تبعيّة، نجد الكثير من السندات القابلة للتّداول كالأوراق التجاريّة والأوراق الماليّة والصكوك البنكية وغيرها...

قد تتكرّر الأعمال المنفردة بصورة يعتادها الشخص ، دون أن تصل إلى مرحلة الاحتراف وممارسة النشاط بصورة منتظمة ، ومع ذلك تصبح هذه العمليات ذات صبغة تجاريّة، ويَخضَع من يعتاد القيام بها للقانون التجاري والأعراف التجاريّة، عقوبةً له على تطفّله وتسلله إلى الميدان التجاري على هامش المشروعيّة بصورة غير قانونيّة ، كي لا يهرب بغنم التجارة والأرباح التي يحقّقها منها دون غرمها والخضوع لقسوة القانون المنظم لها. ويمكن أن يطلق على الأفراد الذين يعتادون ممارسة التجارة اسم «التجار الواقعيّون».

وقد تنشأ في ميدان الشركات والمؤسسات حالات تُلحق بالتجّار الواقعيين، وتخضَع أيضاً أعمالها وصفقاتها للقانون التجاري حماية للمتعاملين معها، كالشركات الفعليّة التي تنتج عن إصابة الشركات بخلل في تكوينها، أوالجمعيّات التي تتستر خلف أهدافها غير التجاريّة لتقوم بصفقات تجاريّة بصورة معتادة، فتخرج عن أهدافها التي أنشئت أساساً من أجلها، ويصبح من الممكن إعطاؤها صفة تاجر ناقصة وإخضاعها للقانون التجاري في جانبه السلبي دون مزاياه .

تتسع نظرية العمل التجاري لتقتطع مجموعة أخرى من العمليات المدنيّة وتلحقها بالتجارة أيضاً، بالاستناد إلى نظرية التبعيّة (الفرع يتبع الأصل) أي أنّ العمل المدني الذي يتبع عملاً تجارياً يكتسي أيضاً الصبغة التجاريّة تبعاً لذلك .

والتجاريّة بالتبعية طُبّقت بصورة مبدئيّة على أساس شخصي، واستثناءً على أساس موضوعي .

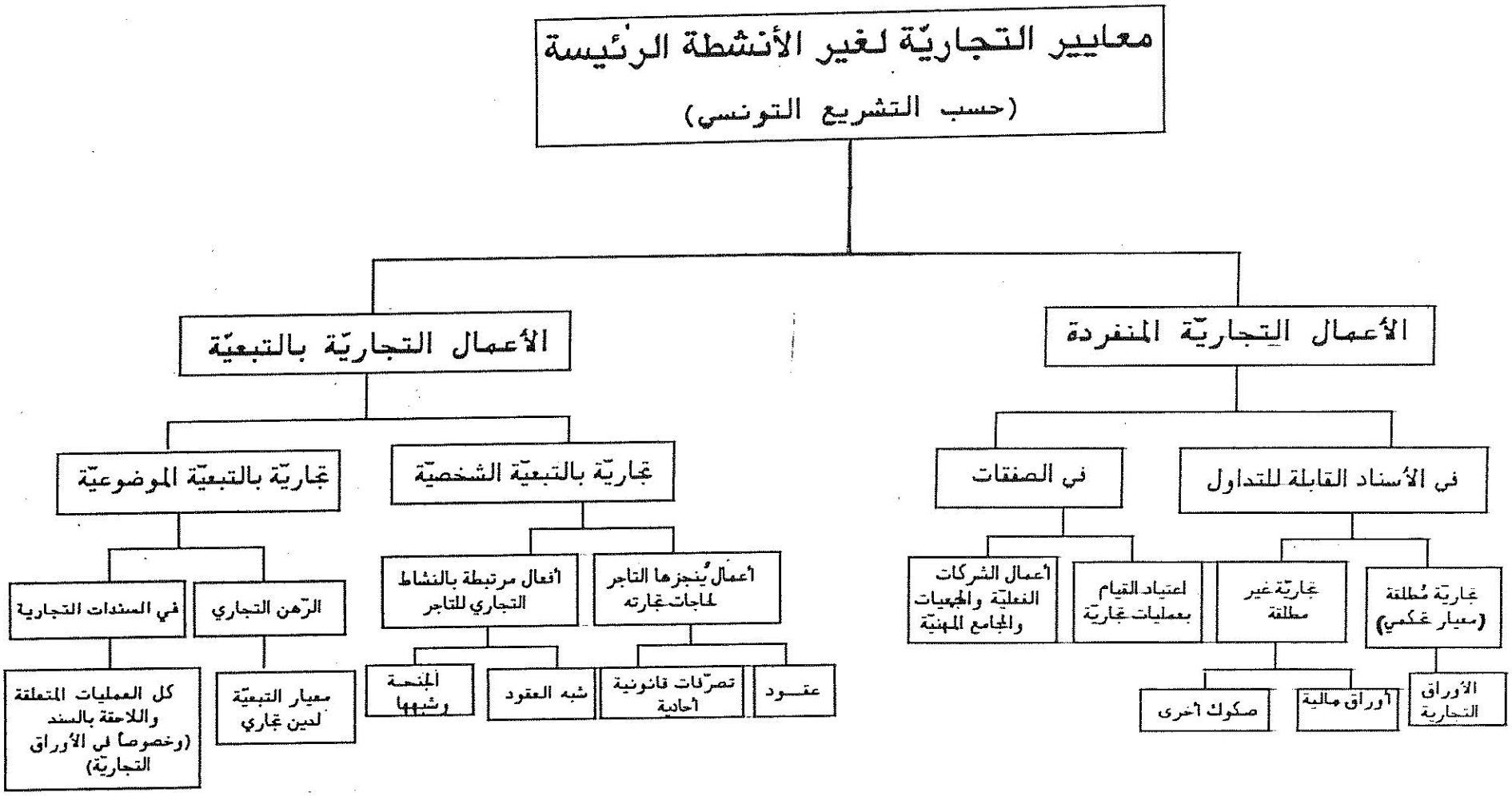
تبرز التبعيّة الشخصيّة في ميدان المهن التجاريّة، إذ يُعتبر بموجبها العمل المدني الذي يقوم به تاجر لحاجات تجارته عملاً تجارياً بالتبعيّة . وقد وضع المشرّع التونسي قرينة قانونيّة على تجاريّة جميع الأعمال والأفعال التي يقوم بها التاجر إلى أن يثبت خلاف ذلك .

أما التبعيّة الموضوعيّة فقد ظهرت خصوصًا في ميدان الأوراق التجاريّة، وبصورة واضحة في الكمبيالة، لأن المشرّع صرّح بتجاريتها المُطلقة، ولأن العمليات الصرفيّة المُتعلّقة واللاحقة بالأوراق التجاريّة موجودة جميعها في الكمبيالات.

وتطبيقاً للنظريّة الموضوعيّة، تعتبر كل العمليات المتعلّقة واللاحقة بالورقة التجاريّة عملاً تجاريًا بالتبعيّة، حتى لو كان القائم بها لا يتمتّع بصفة التاجر (كالقبول والتظهير والكفالة والخصم وغيرها).

هناك أيضاً حالة استثنائية يمكن اعتبارها من تطبيقات النظريّة الموضوعيّة، هي الرهن التجاري الذي يأخذ صفته التجاريّة من صفة الدين الذي أبرم الرهن ضماناً له .

زيادة في التوضيح يمكن تبيان معايير التجاريّة لغير الأنشطة الرئيسة في التشريع التونسي وفق الجدول التالي :



— جدول عـــدد (2) —

وبهذا نكون قد تحرّينا الصبغة التجاريّة للأعمال القانونيّة حسب التشريع التونسي ، سواء كان نشاطاً رئيساً للشخص (حرفة أو مؤسّسة) أو نشاطاً غير رئيس (اعتياد) أو حتى مجرّد عمل منفرد .

الخاتمة العامّة

يُعتبر القانون التجاري انعكاساً للأوضاع الاجتماعيّة والاقتصاديّة والسياسيّة في بلد ما شأنه شأن باقي فروع القانون ، ففي الدّول الرأسماليّة تُهيمن التجارة الحرّة ويساندها قانون تجاري يتماشى مع هذا التوجّه، حيث تُبنى نظريّة العمل التجاري فيه على فكرة تحقيق الربح .

أمّا في الدول الاشتراكيّة فيضمحلّ القانون التجاري ليصل في بعض الدول الشيوعيّة إلى درجة الانعدام، حيث تكون المصلحة العامة والملكيّة الجماعيّة محور النظام القانوني فيها .

وقد ظهر القانون التجاري بشكله المتطوّر في فرنسا بعد صراع طبقي طويل، نتجت عنه الثورة الفرنسيّة التي سعت لإلغاء نظام الطوائف وإعلان مبادئ الحريّة والمساواة، فصدرت المجلة التجاريّة على أساس موضوعي لتطبّق على كل من يقوم بعمل تجاري حتى لو كانت مهنته الزراعة أو أيّ مهنة حرّة .
إلا أنّ المجلة أبقت على بعض القواعد التي لا تطبق إلا على التجّار كنظام الإفلاس ومسك الدفاتر التجاريّة وفي ذلك محافظة على المعيار الشّخصي .

تلقّف عديد الدول القانون التجاري الفرنسي، وأخذت به بصورة متفاوتة حسب ظروف كل منها . من هذه الدّول تونس والعديد من الدّول العربيّة.

وقد قامت بعض الدول بدمج القانونين المدني والتجاري في تقنين موحّد للالتزامات كسويسرا وإيطاليا ، رغبة منها في تعميم مزايا القانون التجاري، وتحقيق العدالة والمساواة في الحياة المدنيّة ، لأنّ هذا القانون الموحّد يسري على جميع المواطنين دون تفرقة بين عمل مدني وعمل تجاري، ودون تفرقة بين تاجر وغير تاجر، خاصةً وأنّ هذه التفرقة صعبة جدًا، إذ عجز الفقه عن الوصول إلى تعريف جامع مانع للعمل التجاري .

بعض الفقهاء أقام نظريّة العمل التجاري على أساس موضوعي يعتمد على معايير اقتصاديّة (المضاربة أو التداول أو التوسّط ...).

إلا أنّ هذه المعاييرانتُقِدت وفُنِّدت، ولم تصمد أيّة منها أمام الحجج والأسانيد التي جُوبهت بها ، ممّا دفع فقهاء آخرين إلى البحث عن معايير قانونيّة تقوم على أساس شخصي (حِرفة أو مؤسّسة...).

إلا أنّ أحداً من هؤلاء الفقهاء لم تسلم نظريّته من النقد ، لأنّ الاعتماد على نظريّة واحدة لا يكفي لتحديد مفهوم العمل التجاري ، فمثلاً نظريّة الحِرفة تقول بأنّ أساس القانون التجاري هو التاجر، أي أن العمل التجاري هو العمل الذي يقوم به تاجر. لكن هذا القول يتطلّب البحث عن تحديد الحِرف التجاريّة، وبالتالي تحديد الأعمال التي تشكل هذه الحِرف، أي الرّجوع إلى الموضوعيّة، وهذا يؤدّي للدوران في حلقة مفرغة ، فالعمل التجاري هو الذي يقوم به تاجر والتاجر هو من يقوم بأعمال تجاريّة .

في هذا البحث تمّ تحرّي نظريّة العمل التجاري في التشريع التونسي، والتركيز على دراسة «الصبغة التجاريّة للأعمال» من خلال النّصوص القانونيّة وفقه القضاء، للتعرّف على الخيار التشريعي الذي تنتهجه تونس في مسألةٍ تعتبر من أعقد المشاكل في القانون التجاري،والاستعانة بالفقه لتوضيح بعض الجزئيّات وحلّ الفرضيات المطروحة.

ويمكن حوصلة أهم النتائج التي تمّ التوصّل إليها من خلال إبراز أهم معالم "نظريّة التجاريّة"في التشريع التّونسي :

1 - رغم أن القانون التجاري التونسي مأخوذ في جانب كبير منه عن التّشريع الفرنسي إلا أنّه اختلف عنه في مسألة أساس القانون التّجاري .
فكلا القانونين أخذ بالنظريّتين الشخصيّة والموضوعيّة معًا، إلا أن المُشرّع التونسي غلّب النظريّة الشخصيّة، في حين أن المشرّع الفرنسي غلّب النظريّة الموضوعيّة .

2 - لم يُهمل المشرّع التونسي النظريّة الموضوعيّة وأخذ بها في بعض الحالات، وهو ما أكّده الفصل الأول من المجلّة التجاريّة الذي ينصّ على أنّه : «تنطبق أحكام هذا القانون على التجار والأعمال التجاريّة».

3 - أبرز المشرّع التونسي تغليب الأساس الشخصي للقانون التجاري في الفصل الثاني من المجلة التجاريّة، عندما اعتمد على نظريّة الحِرفة للتعريف بالأعمال التجاريّة، وفرض معيار المؤسسة في بعض هذه الأعمال لتكتسب صبغتها التجاريّة .

فالمبدأ أن الأعمال التجاريّة تُحدَّد في القانون التونسي من خلال تاجر مُحترف أو مؤسّسة تجاريّة ، مما حدا بالبعض إلى القول بأن الفصل 2 من المجلّة التجاريّة يتحدّث عن المهن التجاريّة .

4 - لتحديد المهن التجاريّة حاول المشرّع التونسي حصر الأعمال التي تعتبر تجاريّة إذا تمّت ممارستها من خلال مهنة، وتؤدي إلى منح صفة التاجر لمحترفها ، فتبنّى المعايير الاقتصاديّة التي نادى بها الفقه لتحديد العمل التجاري (المضاربة - التوسط - التداول)، واعتبر أنّ كلّ واحد منها يكفي احترافه لإضفاء الصبغة التجاريّة للعمل .

5 - أضاف المشرّع التونسي إلى المعايير التي نادى بها الفقه التجاري معياراً غريباً ، هو معيار الإنتاج، وفي هذا توسيع في تتجير الأنشطة الاقتصاديّة، فأصبحت الصناعة من الأعمال التجاريّة قانوناً، في حين أن المفهوم الاقتصادي للتجارة لا يشمل أعمال الانتاج .

6 - كثرة المعايير التي أخذ بها المشرّع لم تُؤَدِّ إلى تحديد الأعمال التجاريّة بدقّة، لأنّ هذه المعايير تنطبق في كثير من الأحيان على أعمال مدنيّة أيضاً . لذا لجأ المشرّع التونسي زيادةً في التوضيح إلى تعداد الأنشطة التي تُعتبر أعمالاً تجاريّة إذا تمّت مزاولتها على سبيل الاحتراف، وهو تعداد لا يمكن أن يكون حصرياً بسبب التطور المستمر في الميدان التجاري، وظهور أنشطة جديدة تدخل في إطاره باستمرار .

7 - استبعد القانون والفقه وفقه القضاء أنشطة كثيرة من سلطان القانون التجاري، كالحِرف اليدويّة والمهن الحرّة والفلاحة البسيطة ...، إلا أنّ التطبيق العملي أبرز الكثير من الإشكاليات، لتداخل هذه الأنشطة مع الأنشطة التجاريّة وصعوبة وضع الحدود الفاصلة بينها، خصوصاً في حالات تعدّد المهن أوالتستّر وراء مهنة مدنيّة لتعاطي نشاطٍ تجاريٍ وغير ذلك .

8 - خرجَ المشرّع التونسي في ميدان الشركات عن معيار الاحتراف لتحديد الصبغة التجاريّة، وأخذ بمعيار الشكل لاضفاء التجاريّة على أعمال شركات الأسهم والشركات محدودة المسؤوليّة، في حين اعتمد معيار الموضوع بالنسبة لباقي الشركات ، وهو ما كرّسه الفصل 15 من المجلة التجاريّة .

9 - رغبة من المُشرّع في محاصرة المتطفلين على الميدان التجاري، الذين يحاولون كسبَ الأرباح دون الخضوع لقسوة القانون التجاري، اعتبر أنّ أعمال مُعتاد التجارة (غير المُحترف) هي أعمال تجاريّة، تخضع للقانون التجاري والأعراف التجاريّة ، وهو ما جاء بالفصل الثالث من المجلة التجاريّة .

10 - قَبِل المشرّع التونسي إضفاء الصبغة التجاريّة على أعمال بعض المؤسّسات العموميّة وشبه العموميّة رغم أن تحقيق الربح لا يشكل الهدف الوحيد من إنشائها، بل تهدف أساساً إلى تسيير مرفق عام .
وظهرت مؤسّسات عموميّة متخصّصة في الميدان التجاري والصناعي، واعتُبرت بنص القانون المنشئ لها من التجار صراحة ، وفي هذا توسع آخر في ميدان التجارة .

11 - تطبيقاً للنظريّة الموضوعيّة أضفى المشرّع التونسي الصبغة التجاريّة المطلقة على الأوراق التجاريّة، وذكر ذلك صراحة بالنسبة للكمبيالة بالفصل 269 م.ت. وهذا معيار تحكمي فرضه القانون، لأن كل من يسحب كمبيالة مثلاً يُعتبر قائماً بعمل تجاري حتى لو لم تكن له صفة تاجر . وهذا شكل من التوسيع في تتجير الأعمال أيضاً .

12 - أخذ المشرّع التونسي بنظريّة التجاريّة بالتبعيّة بجانبيها الشخصي والموضوعي، إذ اعتبر جميع الافعال والأعمال التي يقوم بها التاجر لحاجات تجارته عملاً تجارياً (فصل 4 م.ت.).

وتطبيقاً للتبعيّة الموضوعيّة منح المشرّع - استثناءً - الصبغة التجاريّة لكل العمليات المتعلّقة واللاّحقة بالورقة التجاريّة حتى ولو كان القائم بها لا يتمتّع بصفة التاجر، وكذلك الحال بالنسبة للرهن المترتّب ضماناً لدينٍ تجاري . وبذلك أدخل المشرّع الكثير من الأعمال المدنيّة في الميدان التجاري.

13 - مما سبق يمكن نفي الصبغة الاستثنائيّة للقانون التجاري ، فهو يوازي القانون المدني في الأهميّة ويزحف عليه تدريجياً، إلى حدّ أنّه استحوذ منه على أهم العمليّات الاقتصاديّة. وصار ذا كيانٍ مستقلٍ، له خصوصيّته وقواعده وأحكامه .

14 - إنّ الترابط وثيق في القانون التونسي بين نظريّة التّاجر ونظريّة العمل التجاري ، فالعمل التجاري يُعرّف من خلال التاجر، ويعرّف التاجر من خلال العمل الذي يحترفه (باستثناء التجاريّة بالشكل بالنسبة إلى بعض الشركات، والأوراق التجاريّة التي تكتسب صبغتها التجاريّة بصورة مطلقة).

وإذا كان من الصعب الوصول إلى معيار وحيد شامل يضمّ كل الأعمال التجاريّة ، فمن المتوجب البحث عن تهذيب الوضعيّة الراهنة للقانون التجاري التونسي، بما يتماشى مع التطوّرات العصريّة للتجارة والاقتصاد ، انطلاقاً من المقترحات التالية :

أولاً - اعتماد نظريّة المؤسّسة للتعريف بالتاجر وبالعمل التجاري استناداً إلى المبرّرات التالية :

أ - إنّ الأخذ بنظريّة المؤسّسة يؤدي لإخراج صغار التجّار من نطاق القانون التجاري، وفي ذلك مصلحة كبيرة. حيث أن عمل التاجر الصغير أقرب إلى عمل الحِرفي، لأن دور رأس المال في نشاطه يكون قليلاً ولايحقّق له فائضاً كبيراً من الأرباح - وهذا ما أخذ به مثلاً قانون التجارة العراقي في الفصل 11 منه[1] -.

وبالمقابل تَدخل في الميدان التجاري مؤسّسات تعتبر مدنيّة، رغم أنها تحقّق أرباحاً طائلة، كالمؤسّسات الفلاحيّة والمؤسّسات الحِرفيّة.

---

(1) - ينص الفصل 11 من قانون التجارة العراقي على أنّه :

« أولاً - لا يُعتبر تاجراً من يمارس حِرفة صغيرة .

ثانياً - تُعتبر حِرفة صغيرة كل حِرفة ذات كلفة زهيدة يمارسها الشخص مقتصراً في ذلك على نشاطه البدني أو على استخدامه آلات ذات قوة محركة صغيرة ».

ب – لا تبقى حاجة للتفرقة – بالنسبة لمسألة الصبغة التجاريّة – بين المؤسّسة الفرديّة أو الشركة أو المؤسّسة العامة، طالما تُضبط عناصر المؤسّسة التجاريّة بدقّة .

ج – يُمكن دمج الأعمال التجاريّة الأصليّة والأعمال التجاريّة التبعيّة في المؤسّسة، من خلال صياغة عامة لنظريّة التجاريّة، كأن تكون على النحو التالي : «تعتبر أعمالاً تجاريّة جميع الأعمال والأفعال التي تُمارس في إطار مؤسّسة اقتصاديّة تهدف بشكل رئيس إلى تحقيق الأرباح، سواء كانت أعمالاً أصليّة أو تبعيّة .

وتلحق صفة التاجر القانونيّة بالمؤسّسة ذاتها بقطع النظر عن مالكها، وهذا لا يمنع من معاملة أصحاب المؤسسة التجاريّة معاملة التجار إذا كان لهم دور في إدارة وتسيير المؤسّسة».

د – إنّ الأخذ بنظريّة المؤسّسة لتقرير تجاريّة الأنشطة الاقتصاديّة، يجعل القانون التجاري منسجماً مع قانون انقاذ المؤسّسات التي تمرّ بصعوبات اقتصاديّة لعام 1995 .

هـ – لا تبقى حاجة للتفرقة بين الشركات، إذ تكتسب جميعها الصبغة التجاريّة سواء كانت شركات خاصّة أو عامة أو مختلطة طالما توفّرت فيها شروط تكوين المؤسّسة .

ثانياً - الإبقاء على "التجاريّة المطلقة" بالنسبة للأوراق التجاريّة : مع التصريح بذلك بالنسبة لكل الأوراق التجاريّة، لرفع الالتباس حول طبيعتها التجاريّة، كأن يصاغ النص القانوني على النحو التالي : «يعتبر إنشاء الأوراق التجاريّة وجميع العمليات المتعلّقة أواللاّحقة بها عملاً تجارياً مطلقاً، مهما كان الأشخاص المتعاملون بها».

وهذا ما فعله المشرّع الكويتي مثلا في الفصل الخامس من قانون التجارة الذي ينصّ على أنّه : «تعدّ أعمالاً تجاريّة الأعمال المتعلّقة بالأمور

الآتية، بقطع النظر عن صفة القائم بها أو نيّته :

-

-

5 - الكمبيالات والسندات لأمر والشيكات...».

وكذلك الفصل السادس من قانون التجارة العراقي الذي ينصّ على أنّه : «يكون إنشاء الأوراق التجاريّة والعمليّات المتعلّقة بها عملاً تجارياً بصرف النظر عن صفة القائم بها ونيّته».

وهذا ما يحقّق هدفين أساسيين :

1 - ضمان تطبيق القانون الصّرفي على جميع الأوراق التجاريّة والعمليّات المتعلقة بها بدون أي شكّ أو ريب .

2 - المساهمة في الجهود الدولية لتعميم الأحكام الموحدة الخاصّة بالأوراق التجاريّة في جميع دول العالم.

ثالثاً - الإبقاء على مضمون الفصل الثالث من المجلة التجاريّة لردع المُتطفّلين على الميدان التجاري وعدم تمكّنهم من التفصي من قسوة القانون التجاري، من خلال تهرّبهم من ممارسة التجارة في إطار المشروعيّة .

رابعاً - تقسيم المؤسّسات التجاريّة إلى عدّة فئات حسب حجم المؤسّسة، والتمييز في النظام القانوني لكل فئة منها، مثلاً :

1 - مؤسّسات صغرى .

2 - مؤسّسات متوسطة .

3 - مؤسّسات كبيرة .

ولهذا التقسيم فائدة في مجال توزيع الأنشطة الاقتصاديّة على هذه الفئات حسب اهميتها .

خامساً - على ضوء نظريّة المؤسّسة يتوجّب **إعادة تنظيم السجل التجاري** المنظم بالقانون عدد 44 لسنة 1995 ، على أساس تجزئته إلى قسمين ،

الأول : مخصص للمؤسّسات التجاريّة حسب فئاتها .

والثاني : مخصّص لباقي المهن المدنيّة والمؤسّسات غير التجاريّة التي يفرض القانون تسجيلها في السجلّ التجاري . وبهذا يصبح ممكناً دمج

السجلّ التجاري مع السجل الوطني للمؤسّسات المحدث بأمر عدد 780 لسنة 1994 [1].

سادساً - إعادة النظر في اختصاص الدوائر التجاريّة المحدثة استناداً للقانون عدد 43 لسنة 1995 ، والتوسّع في تعريف الدعاوى التجاريّة لتشمل كل الدعاوى التي يكون فيها المدعى عليه تاجراً، ويتعلق النزاع بنشاطه التجاري. ويلحق بها الدعاوى المتعلّقة بالأوراق التجاريّة .

سابعاً - التوسّع في ميدان خوصصة (خصخصة) المؤسّسات التجاريّة العموميّة مع احتفاظ الدولة ببعض المؤسّسات الحيويّة، والمساهمة العموميّة في المؤسّسات الاقتصاديّة التي يهمها استمراريتها أو ضمان الرقابة عليها.

إنّ الدفاع عن معيار المؤسسة كأساسٍ للتجاريّة، وإبعاد الحِرف البسيطة من ميدان التجارة ليس بآتٍ من فراغ، وإنما تفرضه عوامل اجتماعيّة واقتصاديّة وعالميّة أهمّها :

أ - متطلّبات التجارة العصريّة وإجراءاتها المعقدة، وتكاليف الانطلاق في الميدان التجاري، تجعل أصحاب الحِرف التجاريّة البسيطة يعانون الكثير من المشاكل، ويدفعون أموالاً طائلة لا تتناسب مع واقع حِرفهم. فإذا ما أُلحقوا بالحِرفيين تخلّصوا من القوانين والأنظمة المعقّدة التي تحكم الميدان التجاري، في حين أنّ أصحاب المؤسّسات أكثر مقدرة على مجاراة النظام القانوني والاقتصادي الذي يحكم التجارة .

ب - سيطرة القوى العملاقة والصراع بين التكتلات الاقتصاديّة، وظهور الشركات المتعدّدة الجنسيّات التي تحاول تحطيم الحدود والحواجز التي تقف في وجهها لتسريع عمليّة تدويل الاقتصاد، وجعل العالم سوقاً دولياً واحداً (العولمة).

---

(1) - الأمر عدد 780 مؤرخ في 4 أفريل 1994، رائد رسمي. عدد 29 مؤرخ في 15 أفريل 1994، ص 657.

وقد بدأ النسق متسارعًا في هذا الاتّجاه، من خلال جولات اتفاقيّة الڤات GATT [1]، وما تمخّضت عنه في جولتها الثامنة والأخيرة (جولة الارغوي 1986–1993) بإنشاء منظّمة التجارة العالميّة WTO [2]، التي تمثل انعكاساً هاماً للنظام العالمي الجديد .

ج – إن انضمام تونس لاتفاقيّة الڤات [3]، والشراكة مع السوق الأوربيّة. سيجعل مؤسّساتها الاقتصاديّة في مواجهة صعبة وصراع تنافسي كبير، يفرض عليها تأهيل مؤسساتها ودعمها، لتصل إلى المستوى المطلوب لمواجهة التحدّي القادم .
ومن وسائل التأهيل تطوير القوانين الناظمة للميدان التجاري بما يتلاءم مع الواقع العالمي الجديد.

وقد بدأت تونس فعليّاً بالاستعداد للدخول في المنافسة، وأصدرت عدداً كبيراً من القوانين في هذا الميدان وعلى سبيل المثال نذكر أهمّها :
- قانون إحداث الغُرف التجاريّة والصناعيّة لسنة 1988 .
- قانون المساهمات والمنشآت والمؤسسات العموميّة لسنة 1989 والقوانين المتمّمة له .
- قانون المنافسة والأسعار لسنة 1991 والقوانين المتمّمة له .
- قانون تنظيم تجارة التوزيع لسنة 1991 .
- مجلة التأمين لسنة 1992 والقوانين المتمّمة لها .

---

(1) – هي اختصار أُخذ من الأحرف الأولى لاسم الاتفاقيّة باللّغة الانكليزيّة :
General Agreement On Tariffs and Trade.
وتعني الاتفاقية العامة للتعرفات الجمركيّة والتجارة .

(2) – هي بالانكليزيّة : Word Trade Organization . وقد أنشئت عام 1995 كإحدى المؤسسات التابعة للأمم المتحدة .
– انظر ، سمير عبد العزيز ، التجارة العالميّة وجات 94 ، مرجع سابق ، ص 13 وماب،
– ايضاً ، معاوية الطباع ومحمد نعيم اقبيق ، الاتفاقيّة العامة للتعرفات الجمركيّة والتجارة ومنظمة التجارة العالميّة ، بحث علمي منشور قُدّم في المؤتمر التاسع عشر لاتحاد المحامين العرب المنعقد في الجمهوريّة التونسيّة بسوسة 1997 ، ص 5 وماب.

(3) – تمّت المصادقة بالقانون عدد 61 لسنة 1990 ، رائد رسمي. عدد 44 مؤرخ في 26 – 29 جوان 1990 ، ص 861.

- قانون إحداث أدوات ماليّة جديدة لتوظيف الإدخار لسنة 1992 والقوانين المتمّمة له .
- مجلة التحكيم لسنة 1993 .
- قانون تشجيع الاستثمار لسنة 1993 .
- قانون الملكيّة الأدبيّة والفنيّة لسنة 1994.
- قانون التجارة الدُوليّة لسنة 1994 والقوانين المتمّمة له.
- قانون إعادة تنظيم السّوق المالية لسنة 1994 والقوانين المتمّمة له.
- قانون الإيجار المالي لسنة 1994.
- قانون إحداث سجلّ وطني للمؤسّسات لسنة 1994.
- قانون إنقاذ المؤسّسات التي تمرّ بصعوبات اقتصاديّة لسنة 1995 .
- القانون المُحدث للدوائر التجاريّة (قانون عدد 43 لسنة 1995) والقوانين المتمّمة له .
- قانون السجل التجاري لسنة 1995 والقوانين المتمّمة له .
- قانون تنظيم مهن البحريّة التجاريّة لسنة 1995 .
- قانون نظام المحاسبة للمؤسّسات لسنة 1996.
- قانون شركات استخلاص الديون لسنة 1998.
- قانون شركات المحامين لسنة 1998 .
- قانون النقل الدُولي متعدّد الوسائط لسنة 1998 .
- مجلة البريد لسنة 1998 .
- مجلة القانون الدولي الخاص لسنة 1998 .

وهذا بالإضافة لإعداد مجموعة هامة من مشاريع القوانين المتعلّقة بالتجارة الداخلية والخارجيّة وأهمها على الإطلاق :
(مشروع قانون يتعلق **بمجلة الشركات التجاريّة**) .

كلّ هذه القوانين والمشاريع ما هي إلا استجابة لمقتضيات المرحلة القادمة، ليكون التشريع التونسي منسجماً مع التطورات العالميّة ومؤهلاً وعصرياً.

ولكن تبقى الأسئلة كثيرة، وليس من السهل الإجابة عنها ، وأهمّ التساؤلات الخاصّة بميدان التجارة ما يلي :

- إلى أيّ مدى ستؤثر اتفاقيّة الڤات ومنظمة التجارة العالميّة على التشريعات التجاريّة في العالم عمومًا، وعلى التشريع التونسي خصوصًا ؟

- هل ستؤدّي عولمة الاقتصاد إلى تنشيط الجهود التوحيديّة للقانون التجاري، إلى درجة إلغاء القوانين التجاريّة الداخليّة للدّول ، خاصّة بتنامي سيطرة المؤسّسات العملاقة والشركات متعدّدة الجنسيات، التي أصبحت تتحكم بالاقتصاد والسياسة في العالم ، مما يجعل من الممكن الحديث عن «قانون تجاري عالمي موحّد» لم تتّضح ملامحه بعد ؟

- إذا كان من الصعب إلغاء القوانين التجاريّة الداخليّة ، وتَحوّل القانون التجاري التونسي إلى قانون مؤسّسات، يحكم بصورة أساسيّة المؤسّسات الاقتصاديّة ذات الهدف الرّبحي . فما هي الملامح الأساسيّة لهذا القانون ، وإلى أيّ مدى سيكون متلائماً مع الواقع الاقتصادي الداخلي والدّولي ؟

يشكل هذا التساؤل الأخير بالخصوص محوراً لبحث قانوني هام، يُبرز ملامح النظام القانوني للمؤسّسة التجاريّة وطبيعتها القانونيّة ، على اعتبار أن معيار المؤسّسة هو أساس نظريّة العمل التجاري (الصبغة التجاريّة للعمل القانوني) ، واستبعاد معيار الحرفة كأساس للتمييز بين العمل المدني والعمل التجاري من جهة والتمييز بين التاجر وغير التاجر من جهة أخرى .

وبصورة عامّة وسريعة يُمكن تَصوّر ملامح النظام القانوني للمؤسّسة التجاريّة التي نُدافع عن وجودها كأساس للصبغة التجاريّة، حتى نَطْمَئنّ على التلاؤم بين التشريع والواقع الاقتصادي الداخلي والعالمي :

1 - إنّ بلورة مفهوم المؤسّسة التجاريّة وإدماجه في المفاهيم القانونية بوضوح، يستوجب منح المؤسسة ذاتها شخصيّة قانونيّة مستقلّة عن مالكها .

ويمكن اقتراح الصيغة التالية للتّعريف بها :

«- المؤسّسة التجاريّة : هي كلّ مؤسّسة - فرديّة أو شركاتيّة ، خاصة أو عموميّة - تُمارس نشاطًا اقتصاديًا وتهدف أساساً لتحقيق الأرباح .

- تتمتّع المؤسّسة التجاريّة بالشخصيّة المعنويّة، وتكتسب بذاتها صفة التاجر القانونيّة دون النظر إلى مالكها .

- تُميّز المؤسّسة التجاريّة عن الحرف أو المؤسّسات التي لا تخضع للقانون التجاري، بصورة أساسيّة من خلال الحدّ الأدنى لرأسمالها، وبصورة ثانويّة بعدد العاملين » .

وبالرّجوع إلى النّصوص التشريعيّة التونسيّة الحديثة نسبياً، نجد محاولات كثيرة لتحديد معالم المؤسسة، من خلال نصوص قانونيّة مبعثرة . من ذلك ما جاء بالفصل الثاني من القانون عدد 780 المؤرخ في 4 أفريل 1994 المتعلق بإحداث السجلّ الوطني للمؤسّسات، الذي ينصّ على أنّه : «تُعتبر مؤسّسة كل شخص معنوي أو مادي يتعاطى نشاطاً صناعياً أو تجارياً أو فلاحياً أو أي نشاط مهني حرّ آخر...».

بالتدقيق في هذا الفصل، نلاحظ أنه يدمج ويخلط بين صاحب المؤسّسة الفرديّة والمؤسّسة نفسها، وذلك في قوله : «تعتبر مؤسّسة كل شخص ... مادي يتعاطى..».

كما أن هذا الفصل يخلط أيضاً بين التاجر البسيط المُحترف لنشاط تجاري وبين صاحب المؤسّسة التجاريّة .
ويبدو ذلك في القول بأنّه : «تعتبر مؤسّسة كل ... شخص مادي يتعاطى نشاطاً صناعياً أو تجارياً...». فهل حقًا أن التاجر البسيط هو مؤسّسة تجاريّة ؟

كل هذا التضارب والخلط في المفاهيم، يؤكد ضرورة إعادة النظر بهذه المسألة برمتها، على أساس نظريّة متكاملة للمؤسّسة التجاريّة، وتمييزها عن المفاهيم المقاربة لها .

2 - يتوجب تصنيف المؤسّسات التجاريّة، حسب قوّتها الاقتصاديّة (المالية والبشريّة) إلى ثلاث أصناف «مؤسسات صغرى - مؤسّسات متوسطة - مؤسّسات كبيرة»، وضبط شروط التنظيم اللازم توفّره في كل صنف منها بدقة، مع حصر ممارسة الأنشطة الاقتصاديّة الهامة بالمؤسّسات المتوسطة والكبرى .

وقد حاول المشرّع التونسي ضبط ملامح بعض المؤسّسات بصورة متفرقة، من خلال عديد النصوص التشريعيّة، فتحدث مثلاً عن المؤسّسات الصغرى وعرّف

بها بالأمر عدد 814 لسنة 1994 ،المنقّح بالأمر عدد 1444 لسنة 1996 ،وتمّ تحديد الأنشطة التي تعمل بها هذه المؤسّسات .

وقد نصّ الفصل الأول من الأمر 814 لسنة 1994 على أنّه : «تُعتبر مؤسّسات صغرى... مؤسسات الصناعات الحِرفيّة ، كما ورد التعريف بها بالفصل السابع من القانون عدد 106 لسنة 1983 المؤرخ في 3 ديسمبر 1983 ...».

بالرّجوع إلى الفصل 7 من هذا القانون، نجد أنّ المؤسّسة الحِرفيّة هي كل مؤسسة فرديّة أو شركة أشخاص أو تعاضديّة تتميّز بالخاصيات التالية :

1 – تمارس نشاطاً حِرفياً (معرّف بالفصل الأول من نفس القانون).
2 – تُشغّل أقل من عشرة أشخاص بقطع النظر عن رئيس المؤسّسة وأفراد أسرته .
3 – تسيير المؤسّسة من طرف حِرفي (مُعرّف بالفصل الثاني من نفس القانون) أو بمشاركة حِرفي واحد على الأقلّ يتولى التسيير الفني، عندما لا يكون لرئيسها صفة حِرفي .

يبدو أنّ المشرّع لم يفرض حداً أدنى من رأس المال للمؤسسات الصغرى، في حين أنه بالفصل الثاني من الأمر 814 لسنة 1994 وضع حداً أعلى لرأسمال هذه المؤسسات – وهو 30 ألف دينار– حتى تنتفع بالتشجيعات الاستثماريّة، التي كانت أحد الأسباب الهامّة لإصدار هذا الأمر، بالإضافة لاشتراط الكفاءة المهنيّة والجنسيّة التونسيّة والتفرّغ لتسيير المشروع .

مما سبق يمكن الاستئناس لصياغة عامة، تُعرّف بالمؤسّسة التجاريّة الصغيرة بصورة تقريبيّة على النحو التالي مثلاً :

« 1 – أن تمارس نشاطاً اقتصادياً يهدف إلى تحقيق الرّبح .
2 – ألاّ يتجاوز عدد العاملين بها 10 أشخاص، ولا يقلّ عن ثلاثة أشخاص .
3 – ألاّ يتجاوز رأسمالها 30 ألف دينار، ولا يقلّ عن خمسة آلاف دينار ».

أمّا المؤسّسة المتوسطة فيمكن تصور صياغة عامة للتعريف بها على النحو التالي مثلاً : «تعتبر مؤسّسة تجارية متوسطة كل مؤسسة اقتصادية ذات هدف ربحي تَوفُر فيها شرطان :

1 – أن يتجاوز عدد العاملين فيها 10 أشخاص ولا يزيد على 100 شخص .

2 – أن يتجاوز مقدار رأس مالها 30 ألف دينار ولا يزيد عن 200 ألف دينار .

ويمكن اعتبار المؤسّسة التجاريّة متوسطة الحجم ، إذا تجاوز عدد العاملين بها 100 عامل ولم يتجاوز رأسمالها 30 ألف دينار، أو تجاوز رأس مالها 200 ألف دينار، ولم يتجاوز عدد العاملين بها 10 أشخاص».

تبقى المؤسسات التجاريّة الكبرى لتشمل:«جميع المؤسّسات الاقتصاديّة ذوات الهدف الرّبحي التي يتوفر فيها الشرطان التاليان معاً :

1 – أن يتجاوز عدد العاملين بها 100 شخص .

2 – أن يتجاوز رأس مالها 200 ألف دينار ».

ولمحاصرة التلاعب وحماية دائني المؤسّسة ، يجب أن يُعتبر مسيّروها متضامنين فيما بينهم ومع المؤسّسة في الوفاء بديونها، إذا ثبت سوء نيّتهم ودورهم في إغراق المؤسّسة بالدّيون .

ولابدّ من التأكيد على أنّ القانون التجاري يُعدّ من أكثر القوانين حركيّة ولا يعرف استقراراً، وليس غريباً أن يتطوّر باستمرار ما دامت الحياة والمجتمع في تطوّر دائم .

قائمة المصادر والمراجع

فهرس قائمة المصادر والمراجع

أولاً - باللّغـــة العربيّـــة :

صفحة

1 - مراجع عامّة 481

2 - محاضرات 492

3 - أطروحات ومذكّرات 492

4 - مقالات - تعاليق - ملاحظات 495

5 - موسوعات - دوريّات - نشريّات فقه قضاء 501

6 - قواميس ومعاجم 502

ثانيـــاً - باللّغـــة الاجنبيّـــة (BIBLIOGRAPHIE) :

page

1 - Ouvrages généraux 503

2 - Monographies 505

3 - Cours 506

4 - Thèses et Mémoires 507

5 - Articles et Etudes et Commentaires 509

6 - Périodiques et Encyclopédies 512

7 - Dictionnaires 512

قائمة المصادر والمراجع

أولاً - باللّغة العربيّة :

1 - المراجع العامّة :

- إبراهيم حافظ محمد :
  - القانون التجاري ، مكتبة القاهرة الحديثة ، القاهرة، 1950.
  - القانون التجاري العراقي ، الشركة الاسلاميّة للطباعة والنشر ، بغداد، ط.1 . (طبعة غير مؤرّخة).
- إبراهيم عيسى عبده ، شركات الأموال (دراسة عملية) ، ثلاث مجلّدات ، (الناشر وعاصمة النشر غير معروفين) المجلد الثالث ، ط. 1 ، 1958.
- إبن خلدون عبد الرحمن ، كتاب العِبَر وديوان المبتدأ والخَبر في أيام العرب والعجم والبربر ومن عاصرهم من ذوي السلطان الاكبر ، المُقدّمة ، المطبعة الخيريّة ، القاهرة ، الطبعة الأولى ، 1322 هـ .
- ابن ماجة محمد الربعي القزويني ، سنن ابن ماجة (جزءان) ، طبعة عيسى البابي الحلبي ، (تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي)، ج.2، القاهرة ، 1952 .
- أبو عسّاف انطوان ، الوسيط في قانون التجارة اللبناني، مطبعة الحريّة ، بيروت، ط. 5 ، 1979 .
- الأجري خير الدين :
  - الجامع للقوانين الخاصّة بعمليات البنوك ، دار النجاح للطّباعة والنشر والتوزيع ، تونس ، 1979 .
  - الشركات التجاريّة بين القوانين والجباية (جزءان) ، مطبعة فنّ والوان، تونس، (طبعة غير مؤرّخة).
  - المُختصر الشامل لتقنيات القروض البنكيّة وعمليات الخصم (تحيين الحبيب بديرة) ، دار إسهامات في أدبيات المؤسّسة ، تونس ، 1996 .
- الأحمدي عبد الله :
  - حقوق الإنسان والحرّيات العامة في القانون التونسي ، أوربيس للطّباعة والنشر ، تونس ، 1993 .
  - قانون مدني (العقود الخاصّة) ، ج. 1 (البيع) ، الخدمات العامّة للنّشر، تونس، 1997 .
- إسماعيل مُحيّ الدّين ، الاعتماد المستندي في الفقه والقضاء والعمل ، (الناشر وسنة النشر غير معروفين).
- الأسيوطي ثروت أنيس ، الصراع الطبقي وقانون التجّار (دراسة تاريخيّة فلسفيّة) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1965 .
- أمين حسن عبد الله ، المُضاربة الشرعيّة وتطبيقاتها الحديثة ، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب ، جدة ، 1988 .

- إنطاكي رزق الله ، الوسيط في الحقوق التجارية البرّية (جزءان) ج.1، مديريّة الكتب الجامعيّة ، جامعة دمشق ، 1983 - 1984.
- إنطاكي رزق الله و السباعي نهاد ، الحقوق التجاريّة البريّة (الشركات التجاريّة) ، مديرية الكتب الجامعية بجامعة دمشق ، ط.4 ، 1990 - 1991 .
- البارودي علي :
- القانون التجاري (الأعمال التجاريّة والتجّار والشركات التجاريّة)، منشاة المعارف ، الاسكندريّة،1986 .
- القانون التجاري (القِطاع العام - المُنشاة التجاريّة) ، منشاة المعارف، الاسكندريّة ، 1986 .
- مبادئ القانون التّجاري والبحري ، دار المطبوعات الجامعيّة ، الاسكندريّة (طبعة غير مؤرخة).
- الوجيز في القانون التجاري (الأوراق التجاريّة - الإفلاس) ، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر ، الاسكندريّة ، 1968 .
- العقود وعمليات البنوك التجاريّة ، منشاة المعارف ، الاسكندريّة ، 1984.
- في سبيل نظام قانوني موحّد للمشروع التجاري العام ، ج. 1 ، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر ، الاسكندرية (طبعة غير مؤرّخة).
- البارودي علي والعريني محمد فريد ، القانون التجاري ، دار المطبوعات الجامعيّة ، الاسكندريّة ، 1986 .
- بدر أمين محمد ، الأوراق التجاريّة في التشريع المصري ، مكتبة النهضة المصريّة ، القاهرة، ط. 2 ، 1954 .
- براستد جايمس هنري ، العصور القديمة ، ترجمة داوُد قربان ، مؤسسة عزّ الدين للطباعة والنشر ، بيروت ، 1983 .
- بريتسمان مارتين ، التصنيع في البلدان النامية ، ترجمة مُفيد حلمي ، دار التقدّم العربي، دمشق ، 1973 .
- بريري محمود مختار أحمد ، قانون المعاملات التجاريّة السعودي (جزءان) ، ج.1 ، معهد الإدارة العامة ، الرياض ، 1982 .
- بكّور المختار ، الأوراق التجاريّة في القانون المغربي (الكمبيالة والشيك) ، شركة بابل للطباعة والنشر والتوزيع ، الرباط ، ط.1، 1993 .
- بن عبد الله محمد الهادي ، مُصنّف فقه القضاء التجاري التونسي ، دار إسهامات في أدبيات المؤسسة ، تونس ، 1997 .
- بن فرحات سامي ، التشريع الجديد للسوق الماليّة بالبلاد التونسيّة ، مطبعة فنّ الطباعة ، تونس ، ط. 1 ، 1996 .
- بن نصر توفيق ، تعليق على قانون الشركات التجاريّة ، ط. 1 ، دار الميزان للنشر ، سوسة ، ط. 1 ، 1996 .

- بوذياب سلمان :
- القانون التجاري ، المؤسّسة الجامعيّة للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، ط. 1 ، 1995 .
- اقتصاديات النقود والبنوك ، المؤسّسة الجامعيّة للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، ط. 1 ، 1996 .
- بوعشبة توفيق ، مبادئ القانون الإداري التونسي ، مركز البحوث والدراسات الإداريّة ، تونس ، 1992 .
- تقية محمد ، الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام في القانون الجزائري والشريعة الإسلاميّة ، المؤسّسة الوطنية للكتاب ، الجزائر 1984 .
- الجبر محمد حسن :
- القانون التجاري السعودي ، جامعة الملك سعود ، الرياض ، ط. 1 ، 1982.
- العقود التجاريّة وعمليات البنوك في المملكة السعودية ، جامعة الملك سعود ، الرياض ، ط. 1 ، 1984.
- الجزّار جعفر ، العمليات البنكيّة (مبسّطة ومفصّلة) ، دار النفائس ، بيروت ، ط.1، 1996 .
- جمعة أحمد محمود ، مبدأ عدم تجزئة مفردات الحساب الجاري في الفقه والقضاء (دراسة مقارنة) ، منشاة المعارف ، الاسكندرية ، 1980 .
- جمعة عبد المعين لطفي ، موسوعة القضاء في المواد التجاريّة ، المؤسسة المصريّة العامّة للتاليف والنشر ، القاهرة ، 1967 .
- جمل برهان الدين ، السّندات التجاريّة في القانون التجاري الجزائري (جزءان)، ج.1 (السفتجة) ، ديوان المطبوعات الجامعيّة ، الجزائر ، ط.2 ، 1988.
- جوا حسن حبيب ، قانون الشركات في الأردن ، معهد البحوث والدراسات العربية ، القاهرة، 1972 .
- جوستنيان فلافيوس ، مدوّنة جوستنيان في الفقه الرّوماني ، ترجمة عبد العزيز فهمي، عالم الكتب ، بيروت ، 1946 .
- جيد شكري حبيب ، التعاقد والشراء ، دار الكاتب العربي للطباعة والنشر ، القاهرة ، (طبعة غير مؤرّخة).
- الحاج محمد عبد القادر ، شرح القانون التّجاري اليمني (الناشر وتاريخ النشر غير معروفَين).
- حبيب ثروت ، دروس في القانون التّجاري (العقود التجاريّة ، الأوراق التجاريّة ، عمليات البنوك ، الإفلاس) ، مكتبة دار الجلاء الجديدة ، المنصورة ، 1986.
- حبيب عبد الرحمان ، نظريّة التجارة الدُّوَليّة والتكتّلات الاقتصاديّة ، معهد البحوث والدراسات العربيّة ، القاهرة ، 1974 .
- حدّاد الياس ، القانون التّجاري (برّي - بحري - جوّي) ، مديريّة الكُتب الجامعيّة، جامعة دمشق ، 1986 - 1987 .

- حسني أحمد محمود :
- قضاء النقض التجاري المصري في خمسين عام (1931 - 1981)، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1982.
- البُيوع البحريّة (دراسة لعقود التجارة البحريّة الدُوَليّة سيف وفوب)، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1983.
- الحكيم جاك يوسف ، الحقوق التجاريّة (جزءان) ، مديريّة الكتب الجامعيّة ، جامعة دمشق ، ج. 1 (ط. 1986 - 1987) ، ج. 2 (ط. 1981 - 1982).
- حلمي عباس :
- الملكيّة الصناعيّة ، ديوان المطبوعات الجامعيّة ، الجزائر ، 1983.
- الإفلاس والتّسوية القضائيّة ، كلية الحقوق بجامعة عنابة ، سلسلة دروس العلوم القانونيّة ، ديوان المطبوعات الجامعيّة ، الجزائر، ط. 2 ، 1987.
- حمدي محمد مظلوم ، النّقود وأعمال البنوك والتجارة الدُوَليّة ، دار النهضة العربيّة ، القاهرة ، 1966.
- الحمش منير ، التجارة الداخليّة (السوق والتنمية) ، الأهالي للطّباعة والنشر والتوزيع ، دمشق ، ط. 1 ، 1988 .
- الخفيف علي ، الشركات في الفقه الإسلامي (بحوث مقارنة) ، معهد الدراسات العربيّة العالية (جامعة الدول العربية) ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، 1962 .
- الخولي أكثم أمين :
- قانون التجارة اللّبناني المقارن ، ج. 2 (الشركات التجاريّة) ، دار النّهضة العربيّة ، بيروت ، 1968 .
- دراسات في قانون النشاط التجاري الحديث للدولة (نظريّة المشروع العام وشبه العام) ، دار القاهرة للطباعة ، ط. 1 ، 1961.
- الخياط عبد العزيز عزّت ، الشركات في الشريعة الإسلاميّة والقانون الوضعي (جزءان) ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ط. 2 ، 1983 .
- درويش حسين ، شرح القانون الجديد للمؤسّسات العامّة وشركات القطاع العام، المكتبة الأنكلو مصرية ، القاهرة ، ط. 2 ، 1966 .
- الدوري عبد العزيز ، مقدّمة في التاريخ الاقتصادي العربي ، (الناشر غير معروف) ، بيروت ، 1968 .
- دوس سينوت حليم ، تشريعات براءات الاختراع في مصر والدّول العربيّة ، منشأة المعارف، الاسكندرية ، 1988 .
- دويدار هاني محمد :
- القانون التجاري اللّبناني (جزءان) ، دار النهضة العربيّة للطباعة والنشر ، بيروت، 1995 .
- العقود التجاريّة والعمليات المصرفيّة ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، 1994 .
- قانون الطيران التجاري ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندريّة ، 1994 .
- الذنّون عبد الحكيم ، التشريعات البابليّة ، دار علاء الدين ، دمشق ، ط. 1 ، 1992.
- راتب بك محمد علي ، السّندات الإذنية ، مكتبة النهضة المصريّة ، القاهرة، ط. 1، 1948 .

- رضا مُوَفّق حسن ، قانون الشركات (أهدافه وأسسه ومضامينه) ، منشورات مركز البحوث القانونيّة بوزارة العدل العراقيّة ، بغداد ، 1985 .
- رضوان أبو زيد :
  - دروس في القانون التّجاري ، (الناشر غير معروف)، 1982 .
  - الشركات التجاريّة في القانون الكويتي المقارن ، ط. 1 ، دار الفكر العربي ، القاهرة، 1978 .
- رضوان مصطفى ، مُدوّنة الفقه والقضاء في القانون التّجاري ، منشأة المعارف، الاسكندريّة (طبعة غير مؤرّخة).
- زهرة البشير ، التّامين البرّي (دراسة تحليليّة وشرح لعقود التّامين) ، دار بوسلامة للطباعة والنشر والتوزيع ، تونس، 1975 .
- زيادة طارق ومكريل فِكتور ، المؤسّسة التجاريّة (دراسة قانونيّة مقارنة) ، المكتبة الحديثة ، طرابلس لبنان ، 1986.
- الزيدي عبد الحميد ، التّمويل البنكي النقدي قصير الأجل ، عالم الكتاب ، تونس ، 1998 .
- الزين محمد ، النظريّة العامّة للالتزامات ، ج. 1 (العقد)، مطبعة الوفاء ، تونس ، ط.1، 1993 .
- سامي فوزي محمد ، شرح القانون التجاري الأردني (خمسة أجزاء) ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمّان ، ج. 1 (ط. 1993)، ج. 2 (ط. 1994)، ج. 3 (ط. 1996) ، ج. 4 (ط. 1997).
- السباعي شكري أحمد ، الوسيط في القانون التجاري المغربي والمقارن ، (ستة أجزاء)، دار نشر المعرفة ، الرباط ، ج. 1 (ط. 1988) ، ج. 2 (ط. 1989)، ج. 3 (ط. 1993) ، ج. 4 (ط. 1991) ، ج. 5 (ط. 1992) ، ج. 6 (ط. 1993).
- السرميني عبد الجواد والترمانيني عبد السلام ، القانون المدني (الحقوق العينيّة)، (جزءان)، ج.1 ، منشورات جامعة حلب ، 1986.
- سعودي محمد توفيق ، القانون التجاري، (جزءان)، ج. 1 مطابع سجلّ العرب، القاهرة ، 1993.
- سلوم صبحي ، تشريعات التجارة ، دار الأنوار للطباعة ، دمشق ، ط. 1 ، 1984 .
- سليم حسن رسمي ، الوجيز في القانون التجاري ، مكتبة الآداب ، الجماميز، (طبعة غير مؤرّخة).
- السنهوري عبد الرزاق ، الوسيط في شرح القانون المدني (10 أجزاء) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط. 1981 ، (ج. 1، ج. 5 ، ج. 10).
- سوار محمد وحيد الدين ، شرح القانون المدني (النظريّة العامّة للالتزام)، ج.1 ، مديريّة الكتب الجامعيّة ، دمشق ، 1986-1987 .
- الشابّي بلقاسم القروي ، الملكية التجاريّة ، نقوش عربيّة ، تونس ، (طبعة غير مؤرّخة).
- شرف الدين عبد العظيم ، عقد المضاربة بين الشريعة والقانون ، مكتبة الكلّيات الأزهريّة، القاهرة ، ط. 1 ، 1974.
- الشرفي محمد ، مدخل لدراسة القانون ، دار سيراس للنشر ، تونس ، 1991.
- الشرقاوي محمود سمير ، القانون التّجاري ، دار النهضة العربيّة ، القاهرة ، (طبعة غير مؤرّخة).

- الشريف حامد ، شيك الضّمان والوديعة والائتمان بين النظريّة والتطبيق ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، 1997 .
- الشعراوي زكي زكي ، الوجيز في القانون التجاري، (جزءان) ، مكتبة نهضة الشرق ، القاهرة ، ط. 3 ، 1985 ، ج. 1.
- شُعلة سعيد أحمد ، قضاء النّقض التّجاري في عقد النقل (من عام 1931-1992) ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندريّة ، 1993 .
- شفيق محسن :
- القانون التجاري المصري (الأوراق التجاريّة) ، مجلّدان ، ط.1، دار المعارف ، الاسكندرية ، 1954 .
- نظرات في أحكام الشيك في تشريعات البلاد العربيّة ، معهد الدراسات العربيّة العالية ، القاهرة ، 1962.
- الشواربي عبد الحميد ، موسوعة الشركات التجاريّة ، منشاة المعارف ، الاسكندرية ، ط. 3 ، 1991 .
- صالح فرحة زراوي ، الكامل في القانون التجاري الجزائري (الأعمال التجاريّة - التاجر - الحرفي)، ديوان المطبوعات الجامعيّة ، الجزائر ، 1995.
- صالح بك محمد ، شرح القانون التّجاري المصري ، (جزءان)، ج. 1 ، مطبعة فتح الله الياس نوري ، القاهرة ، ط. 4، 1938 .
- الصبّاغ رشيد ، الملكيّة التجاريّة (الأحكام الجديدة في القانون عدد 37 لسنة 1977 المؤرخ في 25 ماي 1977)، شركة فنون الرسم والنشر والصحافة ، تونس ، ط. 1 ، 1985.
- صدقي أميرة ، النّظام القانوني للمشروع العام ودرجة أصالته ، (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربيّة ، القاهرة ، 1971.
- صفا بيار ، الأوراق التجاريّة في الدّول العربيّة ، معهد الدراسات العربيّة العليا (قسم الدراسات القانونيّة) ، القاهرة ، 1966.
- الصيحي محمد إبراهيم ، التجارة والاقتصاد عند العرب ، مكتبة الوعي العربي (عاصمة النشر غير معروفة)، 1969.
- الطّباع معاوية وأقبيق محمد نعيم ، الإتفاقيّة العامّة للتعرفات الجمركيّة والتجارة ومنظمة التجارة العالميّة ، بحث علمي منشور مقدّم للمؤتمر التاسع لإتّحاد المحامين العرب المنعقد بتونس 1997 ، نقابة المحامين في الجمهورية العربيّة السوريّة ، 1997 .
- طه مصطفى كمال :
- القانون التّجاري اللّبناني ، ج. 1 ، دار النهضة العربيّة للطباعة والنشر، القاهرة، ط. 1 ، 1969 .
- القانون التّجاري (الأوراق التجاريّة والإفلاس) ، الدار الجامعيّة للطباعة والنشر ، بيروت ، 1980 .
- القانون التّجاري المصري ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندريّة ، 1990 .
- القانون التجاري (شركات الأموال وفقاً لقانون 109 لسنة 1981)، مؤسّسة الثقافة الجامعيّة ، الاسكندرية ، 1982 .
- طه مصطفى كمال وفهيم مراد منير ، الأوراق التجاريّة والإفلاس ، الدار الجامعيّة ، بيروت ، (طبعة غير مؤرّخة).

- عاصم أحمد ، الكراء التّجاري والأصل التّجاري ، (منشورات المعهد الوطني للدرسات القضائيّة بوزارة العدل المغربيّة) ، مطبعة إفريقيا الشرق ، الدار البيضاء ، 1984 .
- عالية سمير ، الوجيز في القانون التّجاري ، المؤسّسة الجامعيّة للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت ، ط. 1 ، 1987.
- عباس محمد حسني ، الوجيز في النظريّة العامة للقانون التجاري ، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر ، الاسكندريّة ، 1969 .
- عبد العزيز سمير ، التجارة العالميّة وجات 1994 ، سلسلة اقتصاديات وإدارة الأعمال القرن الواحد والعشرين ، مركز الاسكندريّة للكتاب ، الاسكندريّة ، 1996 .
- عبد القادر عزّت ، الكمبيالة (شرح عملي) ، النسر الذهبي للطباعة ، القاهرة ، 1997 .
- عبّود عبد المنعم ، مجلة الحقوق العينيّة مُعلّق عليها ، دار إسهامات في أدبيات المؤسسة ، تونس ، 1998 .
- عبيد رضا ، القانون التجاري (العقود التجاريّة - الأوراق التجاريّة وعمليات البنوك - الإفلاس) ، مطابع شركة النصر للتصدير والاستيراد، القاهرة ، ط. 5 ، 1984.
- عبيد فياض ، البُيوع البحريّة والاعتماد المستندي ، ج. 1 ، معهد البحوث والدراسات العربيّة (جامعة الدول العربيّة) ، القاهرة ، 1971 .
- عدلي عبد الله ، التشريعات في مهنة الصيدلة ، مكتبة القاهرة الحديثة ، القاهرة ، 1966.
- عرب صبحي ، محاضرات في القانون التجاري (الأسناد التجاريّة ، الشيك ، السُفتجة ، السند لأمر) ، منشورات الأندلس ، الجزائر ، 1990 .
- عرودكي يحيى ، الاقتصاد السوري الحديث (جزءان) ، ج. 1 ، منشورات وزارة الثقافة والإرشاد القومي ، دمشق ، 1972 .
- العريني محمد فريد :
  - القانون التجاري ، (جزءان) ، دار المطبوعات الجامعيّة ، الاسكندريّة، 1995.
  - القانون الجوّي (النقل الجوّي) ، الدار الجامعيّة ، بيروت ، ط. 3 ، 1994.
- العريني محمد فريد ومحمدين جلال وفاء البدري ، قانون الأعمال (دراسة في النشاط التجاري واليّاته)، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندريّة ، 1996.
- عطوي فوزي ، القانون التّجاري (دراسة مقارنة) ، دار العلوم العربيّة للطّباعة والنشر ، بيروت ، ط. 1 ، 1986 .
- العطير عبد القادر حسين ، التامين البرّي في التشريع الأردني ، مكتبة دار الثقافة والنشر والتوزيع ، عمّان ، ط. 1 ، 1995 .
- العكيلي عزيز :
  - القانون التجاري ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمّان ، ط.1، 1996 .
  - الشركات التجاريّة في القانون الأردني ، (دراسة مقارنة)، مكتبة دار الثقافة للنّشر والتوزيع ، عمّان ، ط. 1 ، 1995 .
- علم الدين محمد إسماعيل ، موجز القانون التّجاري ، دار الاتحاد العربي ، القاهرة ، (طبعة مؤرّخة) .
- عليم الدين محمد إسماعيل وآخرون ، القانون التّجاري، (الناشر غير معروف)، 1986.
- عمران عبد الله محمد ، الأوراق التجاريّة في النظام السعودي ، معهد الإدارة العامّة ، الرياض ، ط. 2 ، 1995 .

- العوجي مصطفى ، المسؤوليّة الجنائيّة في المؤسّسة الاقتصاديّة ، مؤسّسة نوفل ، بيروت ، ط. 1 ، 1982 .
- عودة محمد أمين ، إدارة المشروعات العامّة (القضايا والاستراتيجيّات) ، مطبوعات جامعة الكويت ، ط. 1 ، 1996 .
- عوض علي جمال الدين :
  - القانون التجاري (أعمال تجاريّة وتجّار) ، دار النهضة العربيّة ، القاهرة ، 1974.
  - الوجيز في القانون التّجاري (العقود التجاريّة - الأوراق التجاريّة - عمليات البنوك - الإفلاس) ، دار النهضة العربيّة ، القاهرة ، 1982 .
  - الشركات التجاريّة ، دار النهضة العربيّة ، القاهرة ، 1961 .
- العيّاري محمد صالح ، مجلّة الالتزامات والعقود في ضوء متغيّرات العصر ومستجداته الحضريّة ، مطبعة فنّ الطباعة ، تونس ، ط. 1 ، 1997 .
- عيد إدوار :
  - القانون التّجاري اللّبناني ، مطبعة باخوس وشرتوني ، بيروت ، 1971 .
  - الأسناد التجاريّة (مجلدان) ، مطبعة النجوى ، بيروت ، مجلّد 1 (1966) ، مجلد 2 (ط. 1967).
  - العقود التجاريّة وعمليّات المصارف ، مطبعة النجوى ، بيروت ، 1968.
  - الشركات التجاريّة (مجلدان) ، مطبعة النجوى ، بيروت ، مجلد 1 (ط. 1969) ، مجلد 2 (ط. 1970).
- الفتلاوي سمير جميل حسين ، العقود التجاريّة الجزائريّة ، ديوان المطبوعات الجامعيّة ، الجزائر ، 1987 .
- الفخفاخ محمد ، الشركة ذات المسؤوليّة المحدودة في القانون التّونسي، التعاضديّة العماليّة للطباعة والنشر ، صفاقس ، 1993 .
- فرج توفيق حسن ، عقد البيع والمقايضة ، مؤسّسة الثقافة الجامعيّة ، الاسكندريّة ، 1979 .
- فرعون هشام :
  - القانون التّجاري البرّي ، (جزءان) ، منشورات جامعة حلب ، ج. 1 (1988-1989) ، ج. 2 (1992-1993).
  - القانون التّجاري البحري ، منشورات جامعة حلب ، ط. 2 ، 1990-1991.
  - مبادىء القانون التّجاري المغربي ، ج. 1 ، مطبعة الكتاب ، فاس ، ط. 4 ، 1980.
- فرهود محمد سعيد ومَرشحة محمود ، القانون التّجاري (برّي - بحري - جوّي) ، منشورات كلية الاقتصاد ، جامعة حلب ، 1992.
- فُضيل نادية :
  - القانون التّجاري الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعيّة ، الجزائر، 1996.
  - أحكام الشركة طبقاً للقانون التجاري الجزائري ، دار هومة ، الجزائر ، 1997.
  - الأوراق التجاريّة في القانون الجزائري ، دار هومة ، الجزائر ، 1998 .
- فهيم مراد منير ، القانون التّجاري (العقود وعمليات البنوك)، منشاة المعارف، الاسكندريّة، 1982 .

- فودة عبد الحكم :
- الأوراق التجاريّة على ضوء الفقه وقضاء النقض ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندريّة ، 1993 .
- شركات الأشخاص على ضوء الفقه وقضاء النقض ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندريّة ، 1994 .
- شركات الأموال والعقود التجاريّة في ضوء قضاء النّقض ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندريّة ، 1995 .
- القاسم هشام ، المدخل إلى علم القانون ، مطبعة الإسكان العسكريّة ، دمشق، ط. 2 ، 1986/ 1987 .
- قلعجي محمد رواس ، الاحتراف وآثاره في الفقه الإسلامي ، مطبعة جامعة الملك عبد العزيز ، جدّة ، 1984 .
- القليوبي سميحة :
- الموجز في القانون التجاري (جزءان) ، ط. 1، ج. 1 (مكتبة القاهرة ، 1972)، ج. 2 (دار الثقافة العربيّة للطباعة ، القاهرة، 1970) .
- القانون البحري ، دار النهضة العربيّة ، القاهرة ، 1982 .
- شرح العقود التجاريّة ، دار النهضة العربيّة ، القاهرة، 1988.
- القانون التجاري الكويتي ، المطبعة العصريّة ، الكويت ، 1974.
- ڤويتزي ألبريشت وآخرون ، (A. GOETZE) ، شريعة حمورابي وأصل التّشريع في الشرق القديم ، ترجمة أسامة سراس ، العربي للطّباعة والنشر والتوزيع ، دمشق . ط. 1 ، 1988 .
- ڤيفة جويدة :
- حقّ التّجديد وحقّ التّعديل في مُكرى التّجارة ، مطابع امبريمتو ، بيروت 1993 .
- الشركات بين تازّم أوضاعها وانفراجها ، دار الميزان ، سوسة ، ط. 1 ، 1996 .
- كحيل عبد العزيز بك ، شرح قانون التّجارة المصري ، مطبعة المقتطف ، القاهرة ، 1885 .
- كريم زهير عباس ، مبادئ القانون التّجاري ، مكتبة دار الثقافة والنشر والتوزيع ، عمّان ، 1995 .
- كليرجيه پيّر ، مختصر في الاقتصاد التّجاري ، تعريب حسن صالح الجداوي ، المطبعة السلفيّة ، القاهرة ، 1923 .
- كوكرن توماس (COCHRAN. Tomas) ، تطوّر الأعمال التجاريّة في العالم الجديد ، ترجمة وايت ابراهيم ، دار الكرنك للنشر والطبع والتوزيع ، القاهرة ، 1963 .
- كوماني لطيف جبر ، القانون البحري، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان ، ط. 1 ، 1996 .
- كونتينو جورج ، الحياة اليوميّة في بلاد بابل وأشور ، ترجمة سليم طه التكريتي وبرهان عبد التكريتي ، ط. 2 ، دار الشّؤون الثقافيّة العامة بوزارة الثقافة والإعلام ، بغداد ، ط. 2 ، 1986 .
- لطفي علي ، التطوّر الاقتصادي ، مكتبة عين شمس ، القاهرة ، 1971 .
- اللّومي الطيّب ، الوسيط في الأوراق التجاريّة في التّشريع التّونسي ، مركز الدراسات والبحوث والنشر بجامعة تونس 3 ، تونس ، 1993.

- المالقي محمّد ، محاضرات في شرح القانون المدني التونسي ، المطبعة الرسميّة ، تونس ، 1980 .
- متز أدم ، الحضارة الإسلاميّة في القرن الرّابع الهجري أو عصر النهضة في الإسلام (مجلّدان)، ترجمة محمد عبد الهادي أبو ريدة ، المجلد الثاني ، دار الكتاب العربي ، بيروت (طبعة غير مؤرّخة).
- محرز أحمد ، القانون التجاري الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعيّة ، الجزائر ، 1980 .
- محمدين جلال وفاء البدري :
  - المبادئ العامّة في القانون التّجاري، دار الجامعة الجديدة للنّشر ، الاسكندريّة ، 1995 .
  - المبادئ العامّة في القانون التّجاري والبحري ، الدار الجامعيّة ، بيروت ، ط. 4 ، 1991 .
  - المبادئ العامّة في شركات الأموال ، الدار الجامعيّة ، بيروت ، 1987.
  - المبادئ العامّة في العقود التجاريّة وعمليات البنوك ، الدار الجامعيّة، بيروت ، 1987 .
  - دروس في القانون الجوّي ، الدار الجامعيّة ، بيروت ، 1989 .
- المحمود أحمد ، الأعمال التجاريّة والتجّار ، المكتبة الحديثة ، طرابلس لبنان ، 1988.
- مَرشحة محمود وسلطان فارس ، القانون المدني (العقود المسمّاة) ، كلية الحقوق بجامعة حلب ، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعيّة ، 1990.
- المزغنّي رضا ، أحكام الإثبات ، معهد الإدارة العامّة ، الرّياض ، 1985 .
- مزيحم ماجد ، شركة الهولدنغ في جوانبها القانونيّة والاقتصاديّة والماليّة والمصرفيّة والضرائبيّة (دراسة مقارنة في القانونين اللّبناني والفرنسي) ، الناشر غير معروف ، 1992.
- مشرقي فريد ، أصول القانون التّجاري المصري ، ج. 1 ، مكتبة الأنجلو المصرية، القاهرة ، ط. 3 ، 1959 .
- المصاروة يوسف محمد ، الإثبات بالقرائن في المواد المدنيّة والتجاريّة ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمّان ، ط. 1 ، 1996 .
- المصري حسني :
  - القانون التّجاري (العقود التجاريّة والإفلاس) ، دار النهضة العربيّة ، القاهرة ، 1988 .
  - مدى حريّة الانضمام للشركة والانسحاب منها ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1985.
  - اندماج الشركات وانقسامها (دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والقانون المصري)، دار النهضة العربيّة ، القاهرة ، ط. 1 ، 1986.
- المصري عبد السميع ، التجارة في الإسلام ، المكتبة الأنكلو مصريّة ، القاهرة، 1975.
- المصري محمد محمود ، أحكام الشيك مدنياً وجنائياً ، دار المطبوعات الجامعيّة ، الاسكندريّة ، ط.2 ، 1985.
- المغربي محمود عبد المجيد ، أحكام العقد في الشريعة الإسلاميّة ، المكتبة الحديثة، ط. 1 ، بيروت ، 1988 .

- مَلّش محمد كامل أمين ، الشركات في القوانين المصريّة الجديدة والتشريع المقارن ، دار الكتاب العربي بمصر ، القاهرة ، 1957 .
- الممّي حسن ، الجنسيّة في القانون التّونسي ، الشركة التونسيّة للتّوزيع ، تونس ، 1971 .
- ميكيل أندريه ، الإسلام وحضارته ، ترجمة زينب عبد العزيز ، منشورات المكتبة العصريّة ، بيروت ، 1981 .
- ناصيف الياس :
- الكامل في قانون التّجارة ، (أربعة أجزاء) ، ج. 1 ، منشورات البحر المتوسّط ومنشورات عويدات ، بيروت - باريس ، 1985 .
- موسوعة العقود المدنيّة والتجاريّة (تسعة أجزاء) ، ج. 9 (البيوع الخاصّة)، الناشر وعاصمة النشر غير معروفين ، 1997 .
- الناهي صلاح الدين :
- الوسيط في شرح القانون التجاري العراقي ، ج. 3 (أحكام الأوراق التجاريّة والمصارف والحسابات المصرفيّة) ، (الناشر غير معروف) ، بغداد، ط. 2، 1951.
- الوجيز في الملكيّة الصناعيّة والتجاريّة ، ط. 1 ، دار الفرقان للنشر والتّوزيع ، عمّان ، 1983 .
- الوجيز في مبادئ القانون البحري (دراسة تحليليّة موازنة لقوانين التجارة البحريّة في الأردن وسوريا ولبنان والجزائر) ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمّان ، 1996 .
- نخلي محمد ، الوجيز في القانون التّجاري ، مكتبة البديع ، مراكش ، ط. 1 ، 1994.
- النوري حسين ، دروس في القانون التجاري (جزءان)، ج. 1 ، مؤسسة دار التعاون للطبع والنشر، القاهرة ، 1977 .
- هلال أميل عيسى ، الموجز في مبادئ الاقتصاد السياسي (المجلّد الأول) ، (الناشر وعاصمة النشر غير معروفين)، 1978.
- ياملكي أكرم ومحمد صالح باسم ، القانون التجاري ، مطبعة جامعة بغداد، 1982.
- يحيى سعيد :
- الوجيز في النظام التّجاري السعودي ، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر ، الاسكندريّة ، 1976 .
- الوجيز في القانون التّجاري ، ج. 1 ، المكتب العربي الحديث ، الاسكندريّة ، 1980 .
- يونس علي حسن :
- القانون التجاري (ستة أجزاء) ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ج. 1 (ط. 1979) ، ج. 2 (ط. 1974) ، ج. 3 (ط. 1968) ، ج. 4 (ط. 1973 مجلدان) ، ج. 5 (ط. 1974).
- النظام القانوني للقطاع الخاصّ والقطاع العامّ في الشركات والمؤسّسات ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1967.
- يونس محمود ، مُقدّمة في نظريّة التجارة الدُّوليّة ، الدار الجامعيّة للطباعة والنشر ، بيروت ، 1986 .
- (جماعة من الأستاذة) ، التجارة وأصول التعامل التجاري ، دار مكتبة الحياة ، بيروت ، 1975 .

- (جماعة من الأساتذة) ، دراسات في قانون التأمينات، عمل جماعي تحت إشراف الأستاذ بشير المنوبي الفرشيشي ، المطبعة العصرية ، تونس ، 1997 .
- (جماعة من الأساتذة) :
  - العقود التجاريّة ، ملتقى جهوي . نظمه المعهد الأعلى للقضاء بتونس ، انعقد بالمنستير (21 - 22 فيفري 1992) .
  - الأوراق التجاريّة ، ملتقى جهوي نظّمه المعهد الأعلى للقضاء بتونس، انعقد بقفصة (22 - 23 جانفي 1993) .
- (جماعة من الأساتذة) ، سلسلة الدلائل والشروح القانونيّة ، عدد 2 (دليل القانون التّجاري) ، وزارة العدل المغربيّة (المعهد الوطني للدراسات القضائيّة) ، الرباط ، طبعة غير مؤرّخة .

2 - محاضـــرات :

- إخياط محمد ، النظريّة العامّة للقانون التجاري ، محاضرات ألقيت بكليّة العلوم القانونيّة والاقتصاديّة والاجتماعيّة بوَجْدة، جامعة محمد الأول ، السنة الجامعيّة 1991 - 1992 .
- بدر أمين محمد ، الالتزام الصرفي في قوانين البلاد العربيّة ، محاضرات ألقيت على طلبة قسم الدراسات القانونيّة ، معهد الدراسات العربيّة العالية 1955 ، منشورات جامعة الدول العربيّة ، 1956 .
- بن سدرين أحمد ، محاضرات قانون تجاري تونسي ، سنة ثالثة ، كلية الحقوق والعلوم السياسيّة بتونس ، السنة الجامعيّة 1973/1972.
- التكّاري البشير ، مؤسّسات إداريّة وقانون إداري ، دروس للسنة الثانية من الأستاذية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس ، السنة الجامعية 1994-1995 .
- الرومي نوّاف ، دروس تصرّف المؤسسات ، لطلاب السنة الثالثة ، كليّة الحقوق والعلوم السياسية بتونس ، 1994/1993.
- عبد القادر الحسين ، محاضرات في القانون التّجاري، لطلاّب السنة الثالثة ، كليّة العلوم القانونيّة بفاس ، السنة الجامعيّة 1988 - 1989.
- هلال محمد ، مذكرات في القانون التجاري ، محاضرات ألقيت بمعهد العلوم القانونيّة والإداريّة ، جامعة الجزائر ، ديوان المطبوعات الجامعيّة ، الجزائر، 1978.
- يعقوب محمد طالب ، محاضرات قانون تجاري تونسي ، 1949 .

3 - أطروحات ومذكّرات :

- أبو حلو حلو عبد الرحمن مسلم ، نظريّة العمل التجاري في ظلّ التحوّل الاشتراكي الجزائري ، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاصّ ، جامعة الجزائر ، معهد الحقوق والعلوم الإداريّة ، 1983.

- البرهومي نور الدين ، الرّهن الحيازي للمنقول ، مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمّقة ، كلية الحقوق والعلوم السياسيّة بتونس ، 1996 - 1997 .
- بلعيد منير ، حماية المُقترض في عقد القرض بفائض ، مذكرة شهادة الدراسات المعمّقة في القانون الخاصّ ، كلية الحقوق والعلوم السياسيّة والاقتصاديّة بسوسة ، جامعة الوسط، 1991 - 1992 .
- بن سالم سامية الدنداني ، عقد البعث العقاري ، مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمّقة في القانون الخاص ، كلية الحقوق والعلوم السياسيّة بتونس ، السنة الجامعية 1995 - 1996 .
- بن عبد الله عائشة ، المنافسة في الصفقات العموميّة ، مذكرة للإحراز على شهادة الدراسات المعمّقة في القانون العام ، كليّة الحقوق والعلوم السياسية ، بتونس ، 1994 - 1995 .
- بن يدّر محاسن ، النظام القانوني الجديد للشّيك بتونس (جريمة إصدار الشيك بدون رصيد) ، بحث لنيل الإجازة في الحقوق ، جامعة محمد الخامس ، كلية العلوم القانونيّة والاقتصادية والاجتماعيّة ، الرباط ، 1992 - 1993 .
- بّوترعة عزّة ، التصرفات القانونيّة في حقّ الغير ، مذكرة للإحراز على شهادة الدراسات المعمّقة في القانون الخاصّ ، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس ، 1994 - 1995.
- بوخريص عماد ، عقد الحساب الجاري ، رسالة تخرّج من المعهد الأعلى للقضاء ، وزارة العدل ، تونس ، 1992 - 1993 .
- بوستّة ليليا ، الكفالة العينيّة ، مذكّرة للإحراز على شهادة الدراسات المعمّقة ، كلية الحقوق والعلوم السياسيّة بتونس ، 1996 - 1997 .
- بوقديدة الياس ، لجنة المنافسة ، مذكرة للحصول على شهادة الدراسات المعمّقة في القانون العام ، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية والسياسية بسوسة، جامعة الوسط ، 1993 - 1994.
- بولعابي كريم ، الوعد بالبيع ، مذكرة للإحراز على شهادة الدراسات المعمقّة في القانون الخاصّ ، كلية الحقوق والعلوم السياسيّة بتونس ، 1990 - 1991.
- جاجان عبد الرزاق عمر ، قيام صفة التاجر في التشريع التونسي ، رسالة بحث لنيل شهادة الدراسات المعمّقة في القانون الخاصّ ، كلية الحقوق والعلوم السياسيّة بتونس، 1993 - 1994 (دورة فيفري 1995).
- جاد الله ناصر ، مبدأ الإثراء بدون سبب ، مذكرة للإحراز على شهادة الدراسات المعمقة في القانون الخاص ، كلية الحقوق والعلوم السياسيّة بتونس ، 1991 - 1992 .
- حدّاد حمزة ، قانون التّجارة الدُّوليّة ، رسالة دكتوراه نوقشت بجامعة القاهرة بعنوان «العقود النموذجيّة في قانون التجارة الدوليّة : دراسة في عقد البيع الدولي»، سنة 1976 ، الدار المتّحدة للنشر ، بيروت ، 1980.
- حسني ناجية ، الملكيّة كتامين في القانون المدني ، رسالة بحث لنيل شهادة الدراسات المعمّقة في القانون الخاصّ ، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس ، 1996 - 1997.
- الحسيني أحمد الغازي ، طوائف الصّناعة التقليديّة وأنظمتها المهنيّة بمدينة فاس ، رسالة ديبلوم الدراسات العليا بالقانون الخاصّ ، كلية الحقوق والعلوم القانونيّة والاقتصاديّة والاجتماعيّة بجامعة محمد الخامس في الرّباط ، 1976.

- الراشد راشد :
- الإرادة المُنفردة كمصدر من مصادر الالتزام في الفقه والقانون ، أطروحة لنيل دكتوراه دولة ، كلية الحقوق والعلوم السياسيّة والاقتصاديّة بتونس ، 1984.
- المؤسّسة وهيناتها الجماعيّة ، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاصّ ، كلية العلوم القانونيّة الاقتصادية والاجتماعية بالرّباط ، جامعة محمد الخامس ، 1973 - 1974.

- الربّودي عثمان ، فيما تخضع له مسؤوليّة الناقل البحري بوثيقة شحن في القانون الدّولي التونسي ، مذكّرة للحصول على شهادة الدراسات العليا في القانون الخاصّ ، كلية الحقوق والعلوم الاقتصاديّة والسياسيّة ، تونس ، 1980 .

- الرحراح منير ، الشركة الفرديّة محدودة المسؤوليّة ، رسالة تخرّج من المعهد الأعلى للقضاء، تونس ، 1997 - 1998.

- السّبري محمد صالح ، الباعث العقاري ، رسالة لنيل شهادة ختم الدروس ، المعهد الأعلى للقضاء بتونس ، وزارة العدل ، الفوج الرّابع ، السنة القضائيّة 1992 - 1993 .

- السوفاني عبد الله ، تسجيل الشركات بالسجلّ التّجاري ، مذكرة للإحراز على شهادة الدراسات المعمّقة ، كلية الحقوق والعلوم السياسيّة بتونس ، 1995-1996.

- سي علي أحمد ، النّظام القانوني للشركات عبر الوطنية المعاصرة والقانون الدولي العام ، رسالة للحصول على درجة الماجستير في القانون الدولي العام والعلاقات الدوليّة ، جامعة الجزائر ، معهد العلوم القانونيّة والإداريّة بن عكنون ، 1987 .

- الصالحي جمال ، الشكليّة في العقود العقاريّة ، مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمّقة في القانون الخاصّ ، كلية الحقوق والعلوم السياسيّة بتونس ، 1995 - 1996.

- صويد الشاذلي ، الأهليّة ، رسالة تخرّج من المعهد الأعلى للقضاء ، وزارة العدل ، تونس ، 1992/1993.

- سيف الله أنيس ، عقد الشركة ، رسالة تخرّج من المعهد الأعلى للقضاء ، تونس ، 1992 - 1993 .

- طاهري عبد المؤمن ، الكراء التجاري والحرّية التعاقديّة ، مذكرة لنيل دبلوم الدراسات المعمّقة ، كلية الحقوق والعلوم السياسيّة بتونس ، 1993 - 1994 .

- العابد الطاهر ، الفضالة في القانون المدني التّونسي ، مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمّقة في القانون الخاص ، كلية الحقوق والعلوم الاقتصاديّة والسياسيّة بسوسة ، 1993 - 1994 .

- عبّود عبد الله ، الضمان الاحتياطي في الأسناد التجاريّة ، رسالة دكتوراه تمت مناقشتها بجامعة دمشق في الفترة ما بين 1968 - 1973 (التاريخ غير مذكور بالتّحديد) ، منشورات غسان أديب استانبولي ، دمشق ، ط. 1 ، 1981 .

- العبيدي ماجدة ، أنواع الشركات التجاريّة وقواعد تاسيسها ، رسالة تخرّج من المعهد الأعلى للقضاء ، وزارة العدل ، تونس 1991/1992.

- العطير عبد القادر حسين ، الحاويات وأثرها في تنفيذ عقد النّقل البحري ، أطروحة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، 1981 ، نشر الدّار الجامعيّة ، بيروت ، 1984 .

- علي زغدود ، المؤسّسات الاشتراكيّة ذات الطابع الاقتصادي في الجزائر ، رسالة دكتوراه دولة في القانون العام ، جامعة الجزائر ، نشر مشترك (الشركة الوطنية للنشر والتوزيع والمؤسّسة الجزائريّة للطباعة)، 1982.
- عوني الفتحي ، الكفالة في الكمبيالة ، رسالة تخرّج من المعهد الأعلى للقضاء، وزارة العدل التونسيّة ، السنة الدراسيّة 1994 - 1995 .
- الفجاري نزار ، الخصم في المادّة التجاريّة ، رسالة تخرّج من المعهد الأعلى للقضاء ، وزارة العدل التونسيّة ، السنة الدراسية 1995 - 1996 .
- الفرشيشي ألفة ، الحَجر على الرشد ، مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمّقة ، كليّة الحقوق والعلوم السياسيّة بتونس ، 1992 - 1993 .
- القضاة مفلح عوّاد ، الوجود الواقعي والوجود القانوني للشركة الفعليّة في القانون المقارن، (رسالة دكتوراه)، مطبعة عبير للكتاب ، القاهرة ، 1985.
- القلاّل محمد صبحي ، عقد نقل الأشخاص برّاً ، رسالة تخرّج من المعهد الأعلى للقضاء ، تونس ، الفوج الثالث ، 1991 - 1992 .
- الماكني الهادي ، جرائم الإعلاميّة ، مذكرة للإحراز على شهادة الدراسات المعمّقة في العلوم الجنائية ، كلية الحقوق والعلوم السياسيّة بتونس ، 1995 - 1996 .
- محمودي عادل ، الممارسات الممنوعة في قانون المنافسة ، مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمّقة في القانون الخاصّ ، كلية الحقوق والعلوم السياسيّة بتونس، 1993 - 1994 .
- مسعود اعتدال ، تسهيلات الدفع والشيك بدون رصيد ، مذكرة شهادة الدراسات المعمّقة في القانون الخاصّ ، كلية الحقوق والعلوم السياسيّة بتونس ، 1995 - 1996 .
- المهيري أمير ، التظهير في الكمبيالة ، رسالة تخرّج من المعهد الأعلى للقضاء ، وزارة العدل التونسيّة ، 1994 - 1995 .
- نفّاز نجيبة ، عقد الوديعة في القانون المدني ، مذكرة للإحراز على شهادة الدراسات المعمّقة في القانون الخاصّ ، كلية الحقوق والعلوم السياسيّة ، تونس ، السنة الجامعيّة 1993 - 1994.
- الياسين ماجد محمود ، شركة المحاصة في قانون الشركات الأردني ، رسالة قُدّمت استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير ، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنيّة ، 1996.

4 - مقالات - تعاليق - ملاحظات :

- الأحمدي عبد الله :
  - التشريع الجديد المتعلّق بجريمة إصدار شيك بدون رصيد، قت. ماي 1987، ص 25 .
  - المنافسة غير المشروعة في القانون عدد 64 لسنة 1991، قت. فيفري 1993، ص 7 .
  - تعليق على قرارات الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب الصادرة في 16 مارس 1995 (مسؤوليّة حافظ الشيء) ، قت. فيفري 1998 ، ص 69.
- الأحمر عصام ، حماية التُراث في القانون التونسي ، قت. أكتوبر 1996 ، ص 353.
- البارودي علي ، العُرف التّجاري : مكانته ودور القضاء والفقه في احترامه وتطويره ، قت. ماي 1987 ، ص 53.

- بالحاج حافظ والحاج الحبيب ، فتح الاعتماد ، الملتقى الجهوي بالمنستير (العقود التجاريّة) المنعقد في فيفري 1992 ، المعهد الأعلى للقضاء ، تونس ، ص 32 .
- البراهمي عادل ، حوليّة فقه قضاء وصولات الصندوق ، قت. فيفري 1993 ، ص 69 .
- بسرور نور الدين :
  - خواطر حول مسؤوليّة البنك في غلق الحساب الجاري في القانون التونسي ، مج. قا. تو. 1986 (بحوث ودراسات) ، ص 11 .
  - الخصائص العامة للتأمينات العينيّة ، دراسات في قانون التّأمينات، عمل جماعي، 1997 .
- بشر أنور ، مسؤوليّة الناقل البحري في القانون التونسي ، قت. جويلية 1993 ، ص 47 .
- البقلوطي فرج ، الشيك ، قت. جانفي 1965 ، ص 7 .
- البكلي المنصف ، التامين قانوناً وشريعة ، قت. ديسمبر 1984 ، ص 11 .
- بن الشيخ عبد الرؤوف ،
  - اختصاص الدوائر التجاريّة ، قت. جانفي 1998 ، ص 13 .
  - ملامح حول نظام السجلّ التّجاري الجديد حسب القانون الجديد ، قت. أفريل 1996 ، ص 11 .
- بن حسين محمد صالح ، المؤسّسات التي تمرّ بصعوبات اقتصاديّة بين الإنقاذ والتاهيل ، قت. نوفمبر 1995 ، ص 27 .
- بن حميدة محمد ، من أجل إنقاذ المؤسّسات التي تمرّ بصعوبات ، قت. أكتوبر 1994 ، ص 99 .
- بن رمضان التيجاني ، آثار إحالة المؤسسة للغير عند التّسوية القضائيّة ، قت. نوفمبر 1995 ، ص 49 .
- بن عبد الله نبيل :
  - عقد الإيجار المالي أو عقد الليزنغ ، ملتقى جهوي بالمنستير (العقود التجاريّة) منعقد في فيفري 1992 ، المعهد الأعلى للقضاء ، ص 64.
  - الضمان عند أول طلب ، قت. أكتوبر 1992 ، ص 203.
  - أسهم الشركات ، قت. ديسمبر 1995 ، ص 7 .
- بن محمد منير ، شروط الحصول على براءة الاختراع في القانون التّونسي ، قت. جوان 1997 ، ص 43 .
- بن موسى مبروك :
  - إنقاذ المؤسّسات التي تمرّ بصعوبات اقتصاديّة ، قت . ديسمبر 1996 ، ص 7 .
  - آثار الترسيم بالسجلّ التجاري، قت. ماي 1998 ، ص 11.
- بن وناس عز الدين ، وثيقة الشحن ، قت. جويلية 1993 ، ص 79 .
- بن يوسف فتحي ، جرائم تدليس الشيك ، قت . جويلية 1992 ، ص 33 .
- البودالي زبيّر وشلّبي الأسعد والبحري محمد الأمين ، تجارة الأجانب في تونس، مجموعة محاضرات تربّص المحاماة ، ج. 2 ، الهيئة القوميّة للمحامين ، تونس ، السنة القضائيّة 88 - 1989 ، المحاضرة السادسة عشرة ، ص 311.
- بوورو عامر ، الصلح في نزاعات التامين الجوي ، قت. جانفي 1997 ، ص7.

- بوزوارة عزالدين، الأوراق الماليّة المقبولة للتداول لدى البورصة، قت.فيفري 1997، ص55.
- بوسدرة محمد نجيب ، وبن جدو محمد والبهيري نور الدين ، الكمبيالة ، مجموعة محاضرات تربّص المحاماة ، 1988 - 1989 ، المحاضرة 20 ، ص 415 .
- بوصيان محرز ، نظام الأسعار والمنافسة في القانون عدد 64 لسنة 1991 ، قت. جويلية 1995 ، ص 23.
- التركي أحمد ، الإفلاس ، قت . جانفي 1960 ، ص 22 .
- التريكي صالح ، التاجر من خلال المجلّة التجاريّة ، قت. فيفري 1994 ، ص 39.
- التكريتي رضا داود ، مسؤوليّة الناقل الجوّي ، قت. جوان 1985 ، ص 59.
- التومي فرحات :
  - مراقب الحسابات وجريمة الفصل 85 من المجلّة التجاريّة ، قت. أفريل 1997، ص 67.
  - من أجل إحداث إطار قانوني لعمليات التركيز وتجمع الشركات ، قت. فيفري 1994 ، ص 53.
- تيان أميل ، محاضرات في الشركات التجاريّة ، قت . جوان 1962 ، ص 5 .
- تيتاي عبد الرؤوف ، الإطار النظري والاعتداءات المُسلّطة ضدّ المصنفات الأدبيّة والفنيّة في تونس بين الواقع والقانون ، قت. جويلية 1988 ، ص 6 .
- الجلاصي رمضان ، القانون والفلاحة ، قت. نوفمبر 1985 ، ص 7 .
- الجوّة كارم، من أجل شركات الأموال بتونس، قت. فيفري 1994 ، ص 77 .
- خالدي عبد الباسط :
  - الترشيد بالزواج ، قت. أكتوبر 1995 ، ص 175 .
  - الأوراق المالية ، قت . أكتوبر 1994 ، ص 157 .
- الخبابي عمار ، قانون المنافسة والأسعار ، قت . أكتوبر 1996 ، ص 51 .
- خفشة محمد الهادي ، تقديم المجلة التجاريّة ، قت. (عدد أكتوبر ، ص.ت. وعدد نوفمبر ، ص 5)، 1959 .
- خماخم رضا ، أخذ وزرع الأعضاء والإنجاب المساعد طبّياً في القانون التونسي، قت. فيفري 1996 ، ص 7 .
- خماخم رضا ومعتوق سمير ، زراعة الأعضاء بين الطبّ والدّين والقانون ، قت. أكتوبر 1989 ، ص 7 .
- خماخم نوفل ، عقد نقل الأشخاص ، الملتقى الجهوي (العقود التجاريّة) المنعقد في المنستير بفيفري 1992 ، المعهد الأعلى للقضاء ، وزارة العدل التونسيّة ، ص 138 .
- الخويلدي عبد الستار :
  - الخصائص والتوجّهات الإجرائيّة في القوانين التونسيّة الحديثة، قت. أفريل 1997 ، ص 49.
  - الوسيط لدى البورصة في القانون التونسي ، قت . ماي 1996 ، ص 35.
- الدبابي عماد ، الشيك وبدائله ، قت . جانفي 1995 (عدد خاصّ بالشيك) ، ص 9.
- دحيدح محمد الهاشمي :
  - خواطر حول أحكام تعديل الأكرية التجاريّة وتجديدها وتنهيتها ، قت. ماي 1983 ، ص 7 .
  - مدى انطباق أحكام القانون التّجاري على الشيك البريدي ، قت. ماي 1984 ، ص 7 .

- درويش حسين ، حقوق المتعاقد مع الإدارة في العقد الإداري ، قت. نوفمبر 1981 ، ص 47 .
- درويش درويش عبد المجيد محمد ، القضاء بعلم القاضي وبالقرائن في ضوء الشريعة والقانون وأحكام المحاكم ، قت. ماي 1986 ، ص 17 .
- رضوان أبو زيد ، مفهوم الشخصيّة المعنوية بين الحقيقة والخيال ، مجلة العلوم القانونيّة والاقتصاديّة ، مجلة نصف سنويّة تصدر عن جامعة عين شمس ، عدد يناير (جانفي) 1970 ، ص 193 وماب.
- الرواتبي حاتم عبد الحميد ، إشهار الرهن العقاري ، دراسات في قانون التأمينات ، عمل جماعي ، تونس ، 1997 ، ص 245 .
- الزاراتي عبد الفتاح، الجديد في قانون الشيك بدون رصيد، قت. فيفري 1990، ص 17 .
- الزريبي محمد ،البركاوي نور الدين والمرزوقي لطفي ، مسؤوليّة الشركة الأم في حالة إفلاس الشركة الوليدة أو المُهيمَن عليها ، مجموعة محاضرات تربّص المحاماة ، العدد 2 ، (السنة القضائيّة 1988-1989) ، تونس ، المحاضرة الأولى ، ص 13 .
- زهرة البشير :
  - التأمين على الأشخاص (التأمين على الحياة) ، قت. نوفمبر 1967 ، ص 9 .
  - تأمين الأشياء ، قت. ماي 1968 ، ص 10 .
  - التصرّف في أموال القاصر من طرف الأب والأم ، قت. ماي 1988 ، ص 7.
- السباولجي محمد المنصف ، خواطر حول قانون الملكيّة الأدبيّة والفنيّة من خلال القرار الاستئنافي المدني الصادر عن محكمة الاستئناف بتونس في 24 أكتوبر 1994 تحت عدد 19541 ، قت. جوان 1997 ، ص 126.
- السّبري محمد صالح ، تطوّر القضاء التّجاري بتونس ، قت. جانفي 1998 ، ص 47.
- السعيدي عبد الرزاق ، أحكام الأهليّة في القانون التونسي واللبناني ، قت. جانفي 1967 ، ص 7 .
- شبيل أحمد ، المنافسة في القانون التونسي ، قت. أكتوبر 1994 ، ص 71 .
- الشربيني محمود ، الشريعة الإسلاميّة أصل النظريات القانونيّة ، قت. ديسمبر1981 ، ص 21 (نقلاً على مجلّة العدالة الصادرة في الإمارات العربيّة المتّحدة).
- شرف الدين محمد كمال ، التطوّر التاريخي للنظام العقاري التونسي (التسجيل والإشهار) ، قت. نوفمبر 1987 ، ص 21.
- الشريف محمد الحبيب :
  - الصلح والتحكيم لدى الدائرة التجاريّة ، قت. جويلية 1996 ، ص 23.
  - حول استخلاص الدّيون التجاريّة ، قت. ديسمبر 1992 ، ص 71 .
  - خصائص قانون التأمين البحري ، قت. جويلية 1993 ، ص 7 .
- شمّام محمود ، الأصل التّجاري ، قت . جويلية 1990 ، ص 7 .
- الشميلي سامي ، المناطق الحرّة ، قت. أكتوبر 1996 ، ص 133 .
- شنيور علي ، الاتفاقات الحصرية في قانون المنافسة ، قت. جويلية 1998 ، ص 125.
- شهلول جمال ، عقد نقل الأشخاص البرّي والبحري والجوّي بين ضرورة سرعة النقل والمقتضيات القانونيّة ، الملتقى الجهوي (العقود التجاريّة) المنعقد في المنستير بفيفري 1992 ، المعهد الأعلى للقضاء ، ص 95 .
- الشورابي علي ، تطوّر النظام القانوني للشّيكات ، قت. مارس 1998 ، ص 89.

- الشيخ شكري ، الشروط الأصليّة لتكوين الرهن ، دراسات في قانون التأمينات، عمل جماعي ، تونس ، 1997 ، ص 419 .
- الصافي الفضل ، السجلّ التجاري في تأمين المعاملات وتنشيط الاقتصاد ، قت. نوفمبر 1990 ، ص 7 .
- الصبّاغ رشيد ، المؤجر هل له إنهاء الكراء وعرض التجديد في أكرية المحلات التجاريّة ، قت. ماي1984 ، ص 19 .
- صبّاغ مروان يوسف ، قراءة في العقود الإداريّة ، قت. جويلية 1984 ، ص 51.
- الصيد المنذر ، كراء ملك الغير في ضوء مجلة الالتزامات والعقود التونسيّة ، قت. مارس 1990 ، ص 33.
- الصيفي مُنية ، المخدرات في القانون التونسي ، قت. أكتوبر 1992 ، ص 237 .
- طريطر محمد ، تعليق على قرار تعقيبي يتعلّق بالمحاضن ورياض الأطفال ، قت. نوفمبر 1993 ، ص 86 .
- الطريقي صالح ، حول الأوامر بالدفع ، قت. مارس 1986 ، ص 7 .
- العابد عبد الحميد ، حول مبدأ حرّية تداول الأسهم في الشركات الخفية الاسم، مج. قا. تو. 1993 ، ص 183 .
- عبد الوهاب الجويني ، الشكليّة في تكوين الرّهون ، دراسات في قانون التأمينات ، عمل جماعي ، تونس ، 1997 .
- عبود عبد المنعم، الشروط الشكليّة لصحّة عقد الرهن العقاري، قت. مارس 1998 ، ص 125.
- العكيلي عزيز عبد الأمير ، العمل التجاري كإطار عام لنطاق القانون التّجاري الكويتي ، مجلة الحقوق (مجلة فصلية تصدر عن كلية الحقوق بجامعة الكويت)، السنة السادسة ، العدد الأول (مارس 1982) ، ص 25.
- عمار الحبيب ، العقود التجاريّة ، قت. جانفي 1964 ، ص 7.
- عمران أحمد ، من أجل تشريع تجاري أكثر تشجيعا للتطوّر الاقتصادي، قت. فيفري 1994، ص 7 .
- العنابي أحمد ، شرح القانون البحري التونسي (سبع حلقات) ، قت. الأعداد (من جانفي إلى جويلية) 1982 .
- عويدة محمد الحبيب ، اتفاقيّة هامبورغ وقانون النقل البحري التونسي ، قت. جويلية 1993 ، ص 23 .
- الغربي صابر ، تدخّل القاضي في تسيير الشركات ، قت. أكتوبر 1995 ، ص 113 .
- غنايم حسين يوسف ، المعارضة في الوفاء بقيمة الشّيك ، قت. جانفي 1995 ، ص 55 ، (نقلاً عن المجلة العربيّة للفقه والقضاء عدد أفريل 1993).
- الفخفاخ محمد ، سندات المجاملة في المعاملات التجاريّة ، قت. جوان 1986 ، ص 7 .
- الفقي نجيب ، من أجل نظام يساعد على الاستمرار لفائدة المؤسّسات التي تمرّ بصعوبات ، قت. فيفري 1994 ، ص 21.
- القصير فرج ، براءة الاختراع في القانون التونسي ، قت. جوان 1997 ، ص 19.
- القطاري سامية ، العلامة الصناعيّة ، قت. جوان 1997 ، ص 73 .
- قطاطة النوري ، الشيك ، الملتقى الجهوي بقفصة (الأوراق التجاريّة) ، المعهد الأعلى للقضاء، تونس ، 1993 ، ص 87 .

- القلاّل سامي ، النزاعات حول البرامج والبيانات المعلوماتيّة في الجمهوريّة التونسيّة ، قت. ديسمبر 1996 ، ص 45 .
- القليوبي سميحة، السمسرة في القانون الكويتي (دراسة مقارنة) ، قت. جانفي، 1979، ص 21.
- قلسي سمير وحدادة إدريس وبن سالم فاخر، كراء الأصل التجاري، محاضرة ألقيت في 17 جوان 1988، محاضرات تربّص المحاماة للسنة القضائيّة 1988/1987، شركة فنون الرسم والنشر والصحافة، تونس ، 1988 ، ص 405.
- قيقة جويدة :
- تطوّر قانون المنافسة في التشريع التونسي ، قت. جويلية 1995 ، ص 7 .
- خواطر واستلهامات حول حماية حقّ المؤلف وحماية البرنامج المعلوماتي ضمن قواعد التشريع التونسي ، قت. جوان 1997 ، ص 7.
- لمحة تاريخيّة عن تطوّر شركة الشخص الواحد ، قت. فيفري 1998 ، ص 9 .
- كريد بلقاسم وعبد الباقي ، حماية العلامة التجاريّة في القانون التونسي والقانون المقارن ، قت. أكتوبر 1993 ، ص 271 .
- الكناني محمد الحبيب ، حماية الدائنين من خلال الفصل 242 من م.ت. ، قت. مارس 1994 ، ص 37 .
- اللّومي الطيب :
- الشيك وجرائمه ، قت. جانفي 1986 ، ص 39.
- المؤونة في الكمبيالة ، قت. جوان 1993 ، ص 7 .
- القضاء التجاري في تونس ، قت. جويلية 1996 ، ص 7.
- مامغلي عبد اللطيف ، مآل عقد التأمين عند انتقال ملكيّة الشيء المؤمن عليه ، قت. ماي 1997 ، ص 75 .
- محفوظ خالد ، المحاكم التجاريّة ، قت. فيفري 1994 (عدد خاصّ تجاري) ، ص 43.
- المحيرصي الهادي :
- الأحوال الشخصيّة للأجانب ، قت. أفريل 1959 ، ص 10.
- الأوراق التجاريّة ، قت. جوان وجويلية 1966 ، ص 7 .
- المدني الهادي :
- من تاريخ التشريع والنُظم التجاريّة ، قت. مارس 1970 ، ص 27 .
- نصوص لائحة القانون التّجاري المؤرّخة في 14 جانفي 1864 ، قت. 1971 ، (الأعداد من فيفري إلى جويلية) ، ص 161/29.
- المراكشي رؤوف ، حماية الملكيّة الفنيّة للمُصنفات المعلوماتيّة ، قت. نوفمبر 1996 ، ص 17 .
- مرعي عيد ، التاجر ونشاطاته في العصر البابلي القديم ، دراسات تاريخيّة (مجلة علميّة فصليّة تصدر عن جامعة دمشق) ، السنة السابعة ، العددان 23 و24 ، 1986، ص 138.
- المّلولي مراد ، موقع المُنشاة الاقتصاديّة في ظلّ قانون الأعمال التونسي وقانون الحسابيّة ، قت. نوفمبر 1995 ، ص 7 .
- مليكة محمد ، الشركات التجاريّة ، قت. أكتوبر 1960 ، ص 23.

- المنتصر الطاهر :
- سند الأمر (دراسة مقارنة بين القانونين التونسي واللّبناني)، قت. جوان 1967 ، ص 19.
- جرائم المخدرات على ضوء القانون عدد 52 المؤرّخ في 18 ماي 1992 ، قت. جانفي 1996 ، ص 7 .
- المهبولي عبد الكريم ، الملكيّة الأدبيّة والفنيّة في القانون التونسي ، قت. جويلية 1963 ، ص 16 .
- نصر موريس ، محاضرات في الاعتماد المستندي (الاعتماد الموثق) ، قت.ماي 1962، ص 5 وما بـ.
- النفيسي محمد ، خواطر حول الفصل 96 من مجلّة الالتزامات والعقود، قت. فيفري 1998، ص 23.
- الوسلاتي رشاد ، السند للأمر ، اللقاء الجهوي بقفصة (الأوراق التجاريّة) ، المعهد الأعلى للقضاء ، تونس ، 1993 ، ص 117.
- الورغي كمال ، فتح الاعتماد البنكي ، قت. أكتوبر 1995 ، ص 259.
- يّاملكي أكرم ، في سبيل قانون تجاري عربي موحّد ، قت. عدد ماي 1976 ، ص 37.

5 - موسوعات ودوريات ونشريات :

- مجلة القضاء والتشريع (قت. .R.J.L) ، مجلة شهريّة تصدر عن مركز الدراسات القانونيّة والقضائيّة التابع لوزارة العدل التونسيّة بدءاً من عام 1959 .
- المجلة القانونيّة التونسيّة ، (مج.قا.تو. .R.T.D) ، مجلة سنويّة تصدر عن جامعة الحقوق والاقتصاد والتصرف بتونس (مركز النشر الجامعي) بدءاً من عام 1953 .
- الأحداث القانونيّة التونسيّة (أح.قا.تو. .A.J.T)، مجلة سنويّة تصدر عن كليّة الحقوق والعلوم السياسيّة بتونس ابتداءً من عام 1989 .
- نشريّة محكمة التعقيب التونسيّة (ن.مح.تع.) ، مختارات لأهمّ القرارات (قسم جزائي وقسم مدني) ، دائرة الوثائق والبحوث بوزارة العدل ، تونس .
- قرارات الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب ، مركز الدراسات القانونيّة والقضائيّة بوزارة العدل ، تونس (94 - 1995).
- مجموعة قرارات المحكمة الإداريّة التونسيّة (مج.قر.إداريّة) ، الشركة التونسيّة للتوزيع (تصدر سنوياً) تونس 1979-1980-1981.
- مصنف فقه القضاء التجاري التونسي (م.ف.ق.ت.) ، محمد الهادي بن عبد الله ، دار إسهامات في أدبيات المؤسّسة ، تونس ، 1997.
- مجموعة النصوص المتعلّقة بالتنظيم السياسي والحريات العامة ، سلسلة النصوص القانونيّة (ج.1) ، المطبعة الرسميّة ، تونس ، 1989 .
- مجموعة النصوص المتعلّقة بالتنظيم التجاري التونسي (م.ن.ت.ت.)، سلسلة النصوص القانونيّة، ج.2 ، المطبعة الرسميّة ، تونس ، السداسي الثاني 1989.
- مدوّنة الفقه والقضاء في القانون التجاري ، ج. 1 ، مصطفى رضوان ، منشاة المعارف ، الاسكندريّة ، (طبعة غير مؤرّخة) .

- موسوعة القضاء في المواد التجاريّة ، عبد المعين لطفي جمعة ، المؤسّسة المصرية العامّة للتاليف والنشر ، القاهرة ، 1967.
- قضاء النقض التجاري المصري في خمسين عام (1931 - 1981)، أحمد حسني ، منشاة المعارف ، الاسكندرية ، 1982.
- قضاء النقض التّجاري في عقد النقل (1931-1992)، سعيد أحمد شعلة ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 1993 .
- موسوعة الشركات التجاريّة ، عبد الحميد الشواربي ، ط. 3، منشاة المعارف، الاسكندرية ، 1991 .
- مجلة العلوم القانونيّة والاقتصاديّة ، مجلة نصف سنوية تصدر عن جامعة عين شمس ابتداءً من عام 1958.
- تشريعات التجارة (نصوص تشريعيّة - اجتهادات محاكم - آراء مجلس الدولة - تعليمات إداريّة) ، صبحي سلوم ، دار الأنوار للطباعة ، دمشق ، ط.1، 1984.
- الاجتهاد المدني (المبادئ القانونيّة التي أقرّتها الغرفة المدنيّة لمحكمة النّقض السوريّة من عام 1980/1975) عزة ضاحي ، ج. 2. المطبعة الجديدة ، دمشق 1983 .
- مّجلة القانون ، مجلة شهريّة تصدر عن وزارة العدل السوريّة ابتداءً من عام 1949 (عشرة أعداد سنوياً).
- دراسات تاريخيّة ، مجلة فصليّة تصدر عن جامعة دمشق ، انطلاقاً من عام 1979 بإشراف لجنة مشروع كتابة تاريخ العرب بجامعة دمشق.
- مجلة الحقوق ، مجلة فصليّة تعنى بالدراسات القانونيّة والشرعيّة بدءاً من عام 1977، تصدر عن كلية الحقوق بجامعة الكويت .
- مجموعة القوانين،ج. 2 (القوانين التجاريّة)، قانون التجارة العثماني ومذيلاته ، ترجمة نيقولاالنقّاش ، المطبعة العلميّة ، بيروت 1925.

6 - قواميس ومعاجم :

- ابن منظور جمال الدين محمد ، لسان العرب (خمسة عشر مجلداً)، المجلد الرابع، دار بيروت - دار صادر ، بيروت ، 1968.
- أنيس إبراهيم وآخرون ، المعجم الوسيط ، ج.1، أمواج للطباعة والنشر، بيروت ، ط.2 ، 1987 .
- البستاني فؤاد أفرام ، مُنْجد الطلاب ، دار المشرق ، بيروت ، ط. 3، 1956.
- الجرّ خليل ، المعجم العربي الحديث لاروس ، مكتبة لاروس ، باريس ، 1987.
- الفيروزآبادي مجد الدين محمد بن يعقوب ، القاموس المحيط ، ضبط وتوثيق يوسف الشيخ محمد البقاعي ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت ، 1995.
- مرعشلي نديم أسامة ، الصِحّاح في اللغة والعلوم ، دار الحضارة العربيّة ، بيروت ، ط. 1 ، 1975.
- مسعود جبران ، معجم الرائد ، دار العلم للملايين ، بيروت ، ط. 2 ، 1967.

ثانياً - باللّغة الأجنبيّة (فرنسي - إنكليزي) :

1 - OUVRAGES GENERAUX :

- **ANDRSON** Ronald A., Business Law, South-Western Publishing CO., Cincinnati West Chicago, DALLAS, 11 th. Ed., 1980.
- **BOY** Laurence et **BERMOND** Marie-Laure, Droit commercial général, Economica, Paris, 1993.
- **DIDIER** Paul, Droit commercial (2 Tomes), P.U.F., Paris, 1èr. éd., (THEMIS Droit Privé). T. 1 : Éd. 1992 et T. 2 : Éd. 1993.
- **DREYFUS** Françoise , La liberté du commerce et de l'industrie, Éditions BERGER-LEVRAULT, Paris, 1973.
- **DUTILLEUL** François Collart et **DELEBECQUE** Philippe, Contrats civils et commerciaux, 2è. éd., DALLOZ, Paris, 1993.
- **ESCARRA** Jean et **ESCARRA** Edouard et **RAULT** Jean, Traité Théorique et pratique de Droit commercial (2 Tomes), Librairie du recueil SIREY, Paris.
  - T. 1 : Les sociétés commerciales (4Vol.), Vol. 1 : Éd. 1950, Vol. 2 : Éd. 1951, Vol. 3 : Éd. 1955, Vol. 4 : Éd. 1959.
  - T. 2 : Les contrats commerciaux (2Vol.), Vol. 1 : Éd. 1953, Vol. 2 : Éd. 1955.
- **GHESTIN** Jacques et **DESCHÉ** Bernard, Traité des contrats (La Vente), L.G.D.J., Paris, 1990.
- **GORÉ** François, Droit des affaires , Éditions Montchrestien, Paris, 1973, (Précis Domat).
- **GUERY** Gabriel, Droit des affaires , Centre de Librairie et d'éditions Techniques (CLET), Paris, 2è. éd., 1985.
- **GUYENOT** Jean , Cours de Droit Commercial (2 Tomes), Librairie du Journal des notaires et des avocats, Paris, 1977.
- **HAMEL** J. et **LAGARDE** G., Traité de Droit commercial, T. 1, Librairie DALLOZ, Paris, 1954.
- **HAMEL** Joseph et **LAGARDE** Gaston et **JAUFFRET** Alfred, Droit commercial (2 Tomes), DALLOZ, Paris, 2è.éd., 1982.
- **HESS-FALLON** B. et **SIMON** A-M., Droit commercial et des affaires, DALLOZ-SIREY, Paris, 6è. éd., 1992.
- **HILAIRE** Jean, Introduction historique au Droit commercial, P.U.F., Paris, 1986.

- **HOUIN** Roger et **PÉDAMON** Michel, Droit commercial, DALLOZ, Paris, 9è. éd., 1990.
- **HUBRECHT** G. et **COURET** A. et **BARBIERI** J., Droit commercial (notions essentielles), 12è.éd., SIREY, Paris, 1991.
- **JAUFFRET** Alfred, Manuel Droit commercial, par J. MESTRE, 22è.éd., L.G.D.J. (Delta), Paris, 1996.
- **JUGLART** M., Traité de Droit aérien, T. 1, 2è. éd., L.G.D.J., Paris, 1989.
- **JUGLART** M. et **IPPOLITO** B. :
  - Cours de Droit commercial, (2 Vol.), Montchrestien, Paris, 10è. éd., 1992.
  - Traité de Droit commercial, (2è. Vol.), Les sociétés, 3è. éd., (1èr . Partie), éd. Montchrestien, Paris, 1980.
- **JULLIOT DE LA MORANDIÈRE** L. et **RODIÈRE** R. et **HOUIN** R., Droit commercial et Droit fiscal des affaires, T. 2, Dalloz, Paris, 3è. éd., 1965.
- **LEGALL** Jean-Pierre, Droit commercial, 10è. éd., Mémentos DALLOZ, Paris, 1985.
- **LEGEAIS** Dominique, Droit commercial, 10è. éd., DALLOZ-SIREY, Paris, 1995.
- **MALAURIE** Philippe et **AYNÈS**, Cours de Droit civil, T. 8 (Les contrats spéciaux civils et commerciaux), 9è. éd., ÉDITIONS CUJAS, Paris, 1995.
- **MERLE** Philippe, Droit commercial (Sociétés commerciales), 5è. éd., DALLOZ (DELTA), Paris, 1996.
- **PÉDAMON** Michel, Droit commercial, DALLOZ, Paris, 1974.
- **RIPERT** G. et **ROBLOT** R., Traité de Droit commercial, (3 Tomes), L.G.D.J., Paris, (DELTA), 1996.
  - T. 1 : 16è. éd., par Michel GERMAIN.
  - T. 2 : 14è. éd., par Philippe DELEBECQUE et Michel GERMAIN.
- **THALLER** Emile, Traité élémentaire de Droit commercial (A l'exclusion du Droit maritime), 3è.éd., Librairie nouvelle de Droit et de jurisprudence Éd. Arthur ROUSSEAU, Paris, 1904.
- **VIANDIER** Alain, Droit commercial, 1èr.éd., P.U.F., Paris, 1986.

2 - MONOGRAPHIES :

- **BEN NASR** Taoufik, Le contrôle du fonctionnement des sociétés anonymes, Editions 2000, Tunis, 1èr. éd., 1994.
- **BEZARD** P. et **DABIN** L. et **ECHARD** J.-F. et **JADAUD** B. et **SAYAG** A., Les groupes de sociétés : Une politique législative, Librairies Techniques, Paris, 1976.
- **BRANLARD** Jean-Paul, Introduction au Droit de l'entreprise, AENGDE/ DUNOD, Paris, 1993.
- **CARBAJO** Joël , Droit des services publics, Mémentos DALLOZ, Paris, 2è. éd., 1995 .
- **CAUSSE** Hervé, Les titres négociables, (Essai sur le contrat négociable), Éd. Litec., Paris, 1993.
- **CHERIF** Slaheddine et **KAMOUN** Maher, L'entreprise publique en Tunisie, C.E.R.P. , Tunis, 1èr.éd., 1994.
- **CONDOVASAINITIS** Théodore , Le secteur public industriel et commercial (Droit Français et Droit communautaire de la concurrence), L.G.D.J. , Paris, 1990.
- **COURET** Alain et **MARTIN** Didier, Les sociétés holding, P.U.F., Paris, 1991.
- **COZIAN** M. et **VIANDIER** A., Droit des Sociétés , Éd. L.I.T.E.C., 5è. éd., 1993.
- **CROSIO** Alain, Le contrat de vente en Droit commercial, L.G.D.J., Paris, 1989.
- **DELEBECQUE** Philippe, Le contrat d'entreprise, DALLOZ, Paris, 1993.
- **DE THEUX** Axel , Le Droit de la représentation commerciale, T. 2, Vol. 1, (C.I.D.C.), Etablissements Emile BRUYLANT, Bruxelles, 1977.
- **DEVÈZE** Jean et **PÉTEL** Philippe, Droit commercial (instruments de paiement et de crédit), MONTCHRESTIEN, Paris, 1992.
- **GENSSE** Romy, Droit de l'entreprise, les éditions d'organisation, Paris, 1995.
- **GRUA** François, Contrats bancaires, T. 1 (Contrats de services), ECONOMICA, Paris, 1990.
- **GUYON** Yves , La société anonyme, DALLOZ, Paris, 1994.
- **HAMEL** Joseph, Banques et opérations de banque, T. 2 (LE CHÈQUE), par M. VASSEUR et X. MARAN, SIREY, Paris, 1969.
- **HANNOUN** Charley, Le Droit et les Groupes de Sociétés, L.G.D.J., Paris, 1991.
- **JEANTIN** M., Droit des Sociétés, 2è.éd., Monchrestien, Paris, 1992.

- **KNANI** Youssef, Droit commercial (Les effets de commerce - le chèque - le virement et la carte de paiement), C.P.U., Tunis, 2è. éd. 1999.
- **LEFEBVRE** Dominique et **MOLLARET - LAFORÊT** Edowige, Droit et entreprise, Presses universaires de Grenoble, 5è.éd., Grenoble, 1990.
- **LE GALL** Jean-Pierre, Les groupements commerciaux, 13è. éd., DALLOZ, Paris, 1993.
- **MALLET-POUJOL** Nathalie, La commercialisation des banques de données, C.N.R.S. Éditions, Paris, 1993.
- **PAILLUSSEAU** Jean et **CAUSSAIN** Jean Jacques et **LAZARSKI** Henry et **PEYRAMAURE** Philippe, La cession d'entreprise, 2è. éd., DALLOZ, Paris, 1989.
- **REINHARD** Y., Droit des Sociétés, Éd. liaisons, Paris, 1993.
- **RIVES-LANGE** Jean-Louis et **CONTAMINE-RAYNAUD** Monique, Droit bancaire, DALLOZ, Paris, 6è.éd., 1995.
- **ROBLOT** René, Les effets de commerce, SIREY, Paris, 1975.
- **RODIÈRE** René et **DE PONTAVICE** Emmanuel, Droit maritime, DALLOZ (DELTA), Paris, 12è. éd., 1997.
- **ROUTIER** Richard, Les Fusions de Sociétés commerciales, L.G.D.J., Paris, 1994.
- **SAGE** Yves-Louis, Les effets de commercial, Éd. L'HERMÈS, LYON, 1994.
- **SERLOOTEN** Patrick, **EURL**, (Entreprise Unipersonnelle à responsabilité limitée), GLN. JOLY, Paris, 1994.
- **THERON** Jean-Pierre, Recherche sur la notion d'établissement public, L.G.D.J., Paris, 1976.
- **VIDAL** Dominique, Manuel Droit des sociétés, L.G.D.J., Paris, 1993.

3 - COURS :

- **BEN DHIA** Abdellaziz, Droit commercial et bancaire Tunisien (Fasc.1), Institut Technique de banque, Année Universitaire 1977-1978.
- **BEN NASR** Taoufik, Eléments de Droit bancaire Tunisien, Cours pour 1èr. année D.E.A. (Dr. Priv.), Fac. Dr. Scien. Pol., Tunis, 1995-1996.
- **BEN YOUSSEF** Ridha, Droit commercial, Ecole national d'adminitration (Centre de recherches et d'études administratives), 1980.
- **HACHEM** Mohamed Larbi, Les effets de commerce, Cours résume, Licence en Droit, Fac. Dr. Scien. Pol. Econ., Tunis, C.E.R.P., 1978-1979.

- **LAKHOUA** Mohamed Hédi, Cours de Droit commercial, 1èr. Fasc. (Les effets de commerce), 4è. année, Licence en Droit, Fac. Dr. Scien. Pol. Tunis, 1986-1987.
- **MEZGHANI** Nébila, Cours de Droit commercial, (2 vol.), 3è. année de la maîtrise , Faculté de Droit et des sciences politiques de Tunis, année universitaire 1997-1998.
- **OMRANE** Ahmed, Cours de Droit commercial, 3è. année de la maîtrise en Droit , Faculté de Droit , Sousse, 1989-1990.

4 - THÈSES ET MÉMOIRES :

- **AFFES** Fahmi, La clientèle du fonds de commerce, mémoire de D.E.A., Fac. Dr. Scien. Pol., Tunis, 1993-1994.
- **AGO** Marthe, Théorie générale des titres , Thèse Doctorat de 3è. cycle (Droit des affaires), Univ. Scien. sociales, Toulouse, 1981.
- **BARDUL** Jacques, Médecins et cliniques, Thèse pour le Doctorat , Fac. Dr., Univ. Paris, 1950, Librairie DALLOZ, Paris, 1951.
- **B'CHIR** Iyadh, Le contrat de leasing (crédit-bail), mémoire D.E.A. (Dr. Priv. Gén.), Fac. Dr. Scien. Pol., Tunis, 1989-1990.
- **BEL AIBA** Habib , La garantie bancaire à première demande dans le commerce international, mémoire D.E.S. (Droit du commerce international), Fac. Scien. Jurid. Pol. Soc., Univ. Tunis, 1987-1988.
- **BESROUR** Noureddine, La révocation de la convention d'ouverture de Crédit, mémoire D.E.A., Fac. Dr. Scien. Pol. Econ. Tunis, 1984-1985.
- **BEN AMOR** Beya, Le refus d'acceptation d'une lettre de change, mémoire D.E.A., Fac. Dr. Scien. Pol., Tunis, 1993-1994.
- **BEN AZIZA** Tijani, La saisie des valeurs mobilières et des parts sociales, mémoire D.E.S. (Droit privé), Fac. Dr. Scien. Pol. Econ., Tunis, 1974-1975.
- **BEN LETAIEF** Mustapha, L'Etat et les entreprises publiques en Tunisie, Thèse pour le Doctorat d'Etat en Droit public, Fac. Dr. Scien. Pol., Tunis,1996.
- **BEN NASR** Taoufik, Le Président Directeur Général dans la société anonyme, mémoire du Diplôme d'études supérieures (Droit privé), 1979.
- **DALLY** Houyem, L'affectio societatis dans les sociétés commerciales , Mémoire D.E.A.,Fac. Dr. Scien. Pol., Tunis, 1991-1992.
- **DARTIGUELONGUE** Bernard, L'ouverture de crédit, Thèse pour Doctorat , Fac. Dr. Paris, 1938, Les presses modernes, Paris, 1938.

- **DES ROZIES** Henri Burin, La distinction du Droit civil et du Droit commercial et le Droit anglais, Thèse de Doctorat , Fac. Dr. Scien. Econ., Univ. Paris, 1959.
- **DJELLOULI** Ali, Le particularisme de la société d'économie mixte par rapport à la société anonyme, mémoire pour Diplôme d'Etudes supérieures de Droit privé, Fac. Dr. Scien. Pol. Econ. Tunis, 1975.
- **DUCHANGE** Louis, Des actes de commerce par relation, Thèse pour Doctorat, Univ. Paris, Fac. Dr., 1900, Éd. Librairie nouvelle de Droit et de jurisprudence, Paris, 1900.
- **EL BAHI** Samira, Les sociétés de fait, mémoire de (D.E.A.) en Droit Privé Général, Fac. Dr. Scien. Pol., Tunis, 1989-1990.
- **FRIKHA** Sami, L'accès des personnes physiques de nationalité étrangère aux Droits économiques, mémoire de (D.E.A.) en Droit Privé, Fac. Dr. Scien. Pol., Tunis, 1985.
- **GHOUTHI** Mohamed, La provision en matière de lettre de change, mémoire D.E.S. (Droit privé), Fac. Dr. Scien. Pol. Econ., Tunis, 1978.
- **HAMAMA** Hédia, La société civile en Droit tunisien, mémoire D.E.A., Fac. Dr. Scien. Pol., Tunis, 1988-1989.
- **HAUSER** Jean, Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique , Thèse pour le Doctorat, Fac. Dr. Scien. Econ., Univ. Paris, 1969, L.G.D.J., Paris, 1971.
- **HUET-GUYARD** Jeanne-Marie, La distinction du domaine public et du domaine privé, Thèse pour le Doctorat, Fac. Dr. , Univ. Paris, mars 1939, Les éditions DOMAT-MONTCHRESTIEN, LOVITON, 1939.
- **JOCARD** Maurice, Du dépôt de titres en banque, Thèse pour le Doctorat , Fac. Dr., Univ. Paris, 1903, L.N.D.J., Paris, 1907.
- **KNANI** Sadok, Le virement bancaire, mémoire D.E.A.(Dr.Priv.Gén.), Fac. Dr. Scien. Pol. Econ., Tunis, 1984-1985.
- **KOBTAN** Mohamed, Le régime juridique des contrats du secteur public (étude de Droit comparé algérien et français), Thèse pour le Doctorat d'Etat, Institut de Droit et des sciences administratives, Univ. d'Alger, Éd. Office des publications universitaires, l'Algérie, 1983.
- **KOLSI** Samir, Le Droit au renouvellement du bail commercial, mémoire D.E.A., Fac. Dr. Scien. Pol. Econ., Tunis, 1983.
- **LASSOUED** Yahya, La banque d'affaires , mémoire pour D.E.A. (Droit privé), Fac. Dr. Scien. Pol., Tunis, 1997.

- **MADANY** Béatrice, Sociétés transnationales et nouvel ordre économique international, Thèse Doctorat d'Etat, Univ. Lyon II, U.E.R. Sciences juridiques, 1982.
- **MELLOULI** Slaheddine, La responsabilité du transporteur maritime de marchandises, Thèse pour le Doctorat d'Etat en Droit, Fac. Dr. Scien. Pol. Econ., Tunis, 1982.
- **MICAELLI** Jean-Paul, Le Virement : Sa nature juridique et ses incidences, Thèse pour le Doctorat, Univ. AIX, 1963.
- **OULD BEDDY** Mohamed Elhafedh, Le principe de l'inopposabilité des exceptions en matière de lettre de change, mémoire, D.E.A. (Droit Privé), Fac. Dr. Scien. Pol., Tunis, 1992-1993.
- **OULD RAISS** Sid Ahmed, Les crédits bancaires par signature, mémoire D.E.A. (Dr. Priv. Gén.), Fac. Dr. Scien. Pol., Tunis, 1990-1991.
- **ROMDHANA** Sabah, L'intuitus Personae dans les sociétés commerciales, Mémoire D.E.A. (Dr. Priv. Gén.), Fac. Dr. Scien. Pol., Tunis, 1988.
- **SALEM** Hamadi, Le banquier intermédiaire en bourse, mémoire D.E.A., Fac. Dr. Scien. Pol., Tunis, 1992-1993.
- **SEKUTOWICZ** Jean , Le nouveau statut des magasins généraux, Thèse pour le Doctorat en Droit , Fac. Dr., Paris, 1948, L.G.D.J., Paris, 1948.
- **SURBIGUET** Marcel, Les sociétés d'économie mixte dans les pays en voie de développement, Thèse pour le Doctorat en Droit, Fac. Dr. Scien. Econ., Univ. Paris, 1968, L.G.D.J., Paris, 1970.
- **TAGAND** Roger, Le régime juridique de la société d'économie mixte, Thèse pour Doctorat en Droit , 1967, Fac. Dr. Scien. Econ., Univ. Bordeaux, L.G.D.J., Paris, 1969.
- **TURKI** née **HADIJI** Nedra, Les sociétés étrangères en Droit tunisien, mémoire D.E.S. (Droit Privé), Fac. Dr. Scien. Pol. Econ., Tunis, 1978-1979.

5 - ARTICLES , ETUDES ET COMMENTAIRES :

- **BASTIAN** Danial, La situation des sociétés commerciales avant leur immatriculation au registre du commerce, Etudes de Droit commercial à la mémoire de Henry CABRILLAC (Mélanges CABRILLAC) , Librairies techniques, Paris, 1968, p. 23 et suiv.
- **BOUCLY** F., Commerçants : Qualité de commerçant, J.C.Com., Fasc. 50, 3, 1982, p. 1 et suiv.

- **BOURAOUI DARGHOUTH** Fatma, Vers un rapprochement de statut de l'artisan de celui du commerçant : Le cas de la coiffure pour dames (commentaire de l'arrêt des chambres réunies n° 42233 du 13 mars 1995), R.T.D. 1997, doct. , p. 85.
- **BRUNET** Andrée, De la distinction de l'homme et de l'entreprise , Etudes dédiées à René ROBLOT, (Aspects actuels du Droit commercial français), L.G.D.J., Paris, 1984, p. 471.
- **CALAIS - AULOY**, Grandeur et décadence de l'article 632 du code de commerce, Etudes de Droit commercial (mélanges CABRILLAC), Librairies Techniques, Paris, 1968, p. 37.
- **CHAMPAUD** Claud, L'entreprise personnelle à responsabilité limitée, R.T.D.Com. 1979, p. 579.
- **COURET** Alain, Activités agricoles et activités commerciales : leurs domaines respectifs, R.T.D. Com. Econ. 1980, p. 277.
- **DAUBLON** Georges , Le domaine des sociétés civiles, R.T.D.Com. Econ. 1983, p. 17.
- **DE LA GRANGE** De Gaudin, Les notions de commerçant et d'actes de commerce dans les articles 1èr.à 4 du C. Com. Tunisien, R.T.D., 1963-65, p. 13.
- **DIDIER** Paul, La compétence législative de Droit commercial, R.T.D. Com., 1965, p. 535.
- **DORAT DES MONTS** Roger (et Alii), L'unification des sociétés civiles et commerciales, R.T.D. Com. Econ.(1982, p.503) - (1983, pp. 189 , 525) - (1984, p. 569).
- **FRIEDEL** Georges, A propos de la notion d'entreprise, Etudes dediées à René ROBLOT , «Aspects actuels du Droit commercial français», L.G.D.J., Paris, 1984, p. 97.
- **GERMAIN** Michel, Naissance et mort des sociétés commerciales, Mélanges ROBLOT «Aspects actuels du Droit commercial Français», L.G.D.J., Paris, 1984, p. 217.
- **GIVERDON** , Le Droit commercial Droit des commerçants, J.C.P. 1949, Éd. G., p. 770.
- **HORN** Norbert, L'entreprise personnelle à responsabilité limitée (L'expérience allemande), R.T.D.Com. Econ., 1984, p. 1.
- **KHOUILDI** Abdessattar, Le leasing en Droit Tunisien : Essai d'analyse technique et juridique , R.J.L. December 1995, p. 5 et suiv.

- **LEFEBVRE** D., La spécificité du Droit commercial (Reflexion sur la place tenue, en Droit privé, par le Droit commercial par rapport au Droit civil), R.T.D.Com. 1976, p. 285.
- **LOUED** Mohamed Naceur, Observations à propos de l'article 2 alinéa final du code de commerce relatif à la nature juridique de l'activité agricole en Droit tunisien, Actualités juridiques tunisiennes (A.J.T.), Fac. Dr. Scien. Pol. Tunis, n°. 8, 1994, p. 79.
- **LYON-CAEN** Gérard, Contribution à la recherche d'une définition du Droit commercial, R.T.D.Com., 1949 , p. 577.
- **MAITROT** J.C., Impôt sur le revenu , bénéfices industriels et commerciaux, J.C. Fiscal, Fasc. 202-1-2, 1974.
- **MARTY** Jean-Pierre, La distinction de Droit civil et du Droit commercial dans la législation contemporaine, R.T.D.Com. Econ. 1981, p. 681.
- **MERCADAL** Barthélémy, Le critère de distinction des sociétés civiles et commerciales, R.T.D.Com. Econ. 1982, p. 511.
- **MEZGHANI** N., «Aperçu sur le Droit de propriété littéraire et artistique en Tunisie», R.T.D., 1982, Doct., p. 335.
- **PIROVANO** Antoine, Introduction critique au Droit commercial contemporain, R.T.D.Com. Econ. 1985, p. 219.
- **PLANTAMP** Didière, Le point de départ de la période de formation des sociétés commercial, R.T.D. Com. Econ., 1994, p. 1.
- **SAVELLI** Benoit, Commerçant de fait, obs. sur arrêt, com. 2 Février 1970, N.C./ Dam. D et autres, D. 1970 , 430, J.C.P., 1970 , II , 16313 , obs. J.A. , G.A.D.A. 1992, p. 110.
- **SEGAL** Laurent , Actes de commerce par accessoire, J.C.Com., Fasc. 36, 1, 1991, p. 7.
- **SEGAL** Laurent, Compétence des tribunaux de commerce, J.C.Com., T. 1, Fasc. 35, éd. Techniques, 1991, p. 1 et suiv.
- **SUPIOT** Alain, Groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise, R.T.D.Com., Econ. 1985, p. 621.
- **TERRÉ** François, Esquisse d'une sociologie juridique de la commercialité, aspects actuels du Droit commercial français (mélanges ROBLOT) , L.G.D.J., Paris , 1984 , p. 11.

6 - PÉRIODIQUES ET ENCYCLOPÉDIES :

- **Codes DALLOZ** (annotés), Jurisprudence général DALLOZ, Paris :
  I - Code de commerce, 83è. éd., 1988 (C.Com.F.annoté).
  II - Code des sociétés, 7è. éd., 1986 (C.Soc. F. annoté).
- **Encyclopédie juridique**, DALLOZ Commercial (Ency. D. Com.) 3è. éd. 1984, I (A.B.).
- **Grands arrêts du Droit des affaires (G.A.D.A.)**, sous la direction de Dominique VEDAL, SIREY, Paris, 1992.
- **Grands arrêts de la jurisprudence administrative (G.A.J.A.)** , 11è. éd., DALLOZ, Paris, 1996.
- **Grands arrêts de la jurisprudence commerciale (G.A.J.C.)**, T. 1, 2è. éd. , SIREY, Paris, 1982.
- **Juris Classeurs Commercial (J.C.Com.)** (8 Volumes), Editions Techniques 1994.
- **Juris Classeurs Périodiques (semaine juridique) (J.C.P.)**, Éditions G.
- **Jurisprudence JOLY de droit des sociétés 1991-1992**, Sélection sous la direction de LE CANNU P. et LEPELTIER, Éd. G.L.N. JOLY, Paris, 1993.
- **Recueil DALLOZ-SIREY (Rec. D.S.)**, Jurisprudence générale, DALLOZ, Paris.
- **Revue Trimestrielle de Droit commercial (R.T.D.Com.)** Éd. SIREY, par Roger HOUIN et Jean ESCARRA, C.N.R.S. et après 1980 (Revue Trimestrielle de Droit Commercial et Economique (R.T.D.Com.Econ.).

7 - DICTIONNAIRES :

- **Grand Larousse Universel, Hardes à journal, Larousse**, Paris, 1983, T. 4, T. 8, T. 12, T. 14.
- **Dictionnaire des termes juridiques et commerciaux (Français-Arabe)**, par Mamdouh HAKKI, Librairie de LIBAN, BEYROUTH, Éd. 1987.

الفهـــرس

الفهـــرس

رقم الصفحة

- **المُقدّمة** 1

فقرة I – تاريخ التجارة والقانون التجاري 3

فقرة II– أساس القانون التجاري ونطاقه 16

فقرة III – مفهوم العمل التجاري وأهمّيته 18

– الجزء الأول : تجاريّة الأنشطة الرئيسة 27

- الباب الأول : الحِرف التجاريّة 30

- الفصل الأول : تجاريّة الحِرفة 32

- المبحث الأول : **مُقوّمات التجاريّة المتعلّقة بالنشاط المُحترَف** 33

- الفقرة 1 : معايير تجاريّة الحِرفة 33

- أولاً : معايير الفقه التجاري 37

أ – معيار المضاربة 38

ب – معيار التداول 40

جـ – معيار التوسّط 42

- ثانياً : معيار دخيل (معيار الإنتاج) 43

أ – زجّ معيار الإنتاج بين معايير التجاريّة 43

ب – تقدير معيار الإنتاج 44

- الفقرة 2 : **الأنشطة المستثناة من الميدان التجاري** 47

- أولاً : الاستثناء الوارد بالمجلّة التجاريّة 47

أ – استبعاد النشاط الفلاحي مبدئياً 47

ب – إمكانية خضوع النشاط الفلاحي للقانون التّجاري 50

- ثانياً : الاستثناءات الواردة بغير المجلة التجاريّة 52

أ – الحِرف اليدويّة 52

ب – المِهن الحرّة 54

جـ – الإنتاج الذهني 61

- المبحث الثاني : مُقوّمات التجاريّة المتعلّقة بالاحتراف 64
- الفقرة 1 : القواعد الخاصّة بمُحترف التجارة 64
- أولاً : الأهليّة التجاريّة 64
أ - كاملو الأهليّة 65
ب - المحجور عليهم 70
- ثانياً : الاستقلاليّة 74
أ - التّعارض مع التبعيّة 74
ب - التّعارض مع الوكالة 75
- الفقرة 2 : القواعد الخاصّة بالحِرفة التجاريّة 78
- أولاً : القواعد العامّة 79
أ - عدم المنع 79
ب - عدم التنافي 80
جـ - عدم السقوط 81
- ثانياً : القواعد الخاصّة 84
أ - الأنشطة المُحتكَرة من طرف الدولة 84
ب - الأنشطة الخاضعة للترخيص الإداري 85
جـ - الأنشطة الخاضعة لشرط خاصّ 86

- الفصل الثاني : طوائف الحِرف التجاريّة 88

- المبحث الأول : الحِرف التجاريّة الأساسيّة 90
- الفقرة 1 : حِرف التداول التجاريّة 90
- أولاً : شراء المكاسب وبيعها وتأجيرها 90
أ - شراء وبيع المكاسب 91
ب - تأجير المكاسب 96
- ثانياً : الصرف اليدوي 96
أ - تجاريّة أعمال الصرافة 97
ب - خصوصيّة الصرف اليدوي 98
- الفقرة 2 : الحِرف الإنتاجيّة التجاريّة 98
- أولاً : المهن الاستخراجيّة 98
أ - موقف التشريع المقارن 99
ب - موقف التشريع التونسي 101

- ثانياً : المهن الصناعيّة 102
أ - التصنيع الجزئي 103
ب - التصنيع الكامل 103

- المبحث الثاني : الحِرف التجاريّة الخدماتيّة 106
- الفقرة 1 : مهن النّقل والحفظ 106
- أولاً : النقل التجاري 106
أ - نقل المكاسب 108
ب - نقل الأشخاص 110
- ثانياً : حفظ الودائع بالمخازن العموميّة أو إدارتها 113
أ - حفظ الودائع 114
ب - إدارة المخازن العموميّة 115
- الفقرة 2 - مهن التوسّط 117
- أوّلاً : الوسطاء في التّعاقد 117
أ - السمسرة 117
ب - التوسّط بالعمولة 119
- ثانياً : وكلاء القيام بشؤون العموم 121
أ - محتوى مهنة وكالات الأشغال 121
ب - تجاريّة مهنة وكالات الأشغال 122

- الباب الثاني : المؤسّسات التجاريّة 124

- الفصل الاول : المؤسّسات التجاريّة الخاصّة 127

- المبحث الاول : المؤسّسات التجاريّة الفرديّة 128
- الفقرة 1 : الصّبغة التجاريّة للمؤسّسة 129
- أولاً : تكوين المؤسّسة التجاريّة 129
أ - مفهوم المؤسّسة التجاريّة 129
ب - عناصر المؤسّسة التجاريّة 131
- ثانياً : تجاريّة المؤسّسة الفرديّة 135
أ - صاحب المؤسّسة تاجر محترف 135
ب - نشاط المؤسّسة التجاريّة الفرديّة 137

- الفقرة 2 : المؤسّسات التجاريّة بصراحة النصّ 138
- أولاً : منشآت الملاهي العموميّة 139
أ - تنوّع منشآت الملاهي العموميّة 139
ب - تجاريّة منشآت الملاهي العموميّة 140
- ثانياً : منشآت الإشهار والطباعة والإخبار بالأنباء
والإرشادات ونقلها 141
أ - منشآت الإشهار والطّباعة 141
ب - منشآت الإخبار بالأنباء والإرشارات ونقلها 144

- المبحث الثاني : المؤسّسات التجاريّة الجماعيّة 145
- الفقرة 1 : الشركات التجاريّة 145
- أولاً : الشركات التجاريّة بموضوعها 154
أ - الشركات المُعْلنَة 156
ب - الشركة المُستَترة 162
- ثانياً : الشركات التجاريّة بشكلها 165
أ - شركات المساهمة 165
ب - الشركات ذات المسؤوليّة المحدودة 176
- الفقرة 2 - التجمّعات ذات الصّبغة التجاريّة 179
- أولاً : المؤسّسات الاندماجيّة 179
أ - إنشاء المؤسّسات المُدمجَة 179
ب - تجاريّة المؤسّسات المُدمجَة 182
- ثانياً : المؤسّسات المتجمّعة 183
أ - أشكال التجمّعات 184
ب - الصبغة التجاريّة للتجمّعات 186

- الفصل الثاني : المؤسّسات التجاريّة العموميّة 190

- المبحث الأول : المؤسّسات العموميّة الصِرف 193
- الفقرة 1 : تجاريّة المؤسّسة العموميّة 196
- أولاً : المؤسّسة العموميّة واكتساب صفة التّاجر 198
أ - التحفّظ في التصريح بصفة التاجر 198
ب - التّصريح بالصفة التجاريّة للمؤسّسة العمومية 200

- ثانياً : المؤسّسة العموميّة وأحكام القانون التّجاري 200
أ - المبدأ: خضوع المؤسّسة العموميّة لأحكام القانون
التّجاري 201
ب - الاستثناء : استبعاد بعض الأحكام 205
- الفقرة 2 : إحداث المؤسّسات العموميّة التجاريّة 207
- أولاً : عناصر المؤسّسات العموميّة التجاريّة 208
أ - كيان اقتصادي 208
ب - انفراد الدولة برأس المال 210
- ثانياً : أشكال المؤسّسات العموميّة التجاريّة 211
أ - الشركات العامّة 212
ب - أشكال أخرى للمؤسّسات العموميّة 213

- المبحث الثاني : مؤسّسات القطاع المشترك 216
- الفقرة 1 : إنشاء مؤسّسات القطاع المشترك 216
- أولاً : الشركاء في المؤسّسات المشتركة 217
أ - الأشخاص العامّة (الدولة وتوابعها) 217
ب - الأشخاص الخاصّة 217
- ثانياً : تصنيف المؤسّسات المختلطة حسبَ نسبة
مشاركة الدولة 218
أ - المنشآت العمومية 219
ب - المؤسّسات ذات المُساهمات العموميّة 219
- الفقرة 2 : الصيغة التجاريّة لمؤسّسات القطاع
المشترك 220
- أولاً : تجاريّة المنشآت العموميّة 220
أ - أشكال الشركات شبه العموميّة 221
ب - مدى انطباق القانون التجاري على الشركات شبه
العموميّة 222
- ثانياً : تجاريّة باقي الشركات ذات المساهمات العموميّة 224
أ - غلبة الطابع الخاصّ على هذه المؤسّسات 224
ب - رقابة الدولة على الشركات ذات المساهمة العموميّة ... 225
- خلاصة الجزء الأول 227

- **الجزء الثاني : تجاريّة غير الأنشطة الرئيسة** 231

- **الباب الأول : الأعمال التجاريّة المُنفردة** 233

- **الفصل الأول : تجاريّة السندات القابلة للتداول** 235

- المبحث الأول : الأوراق التجاريّة 237
- الفقرة 1 : تجاريّة الكمبيالة 241
- أولاً : إنشاء الكمبيالة 242
أ - شروط صحّة الكمبيالة 243
ب - خضوع الكمبيالة للقانون الصّرفي 246
- ثانياً : الصّبغة التجاريّة للكمبيالة 250
أ - التجاريّة المطلقة للكمبيالة 250
ب - آثار خلوّ الكمبيالة من بيان إلزامي 251
- الفقرة 2 : تجاريّة السند للأمر والشّيك 254
- أولاً : السند للأمر 254
أ - السند للأمر كورقة شكليّة 255
ب - السند للأمر كورقة تجاريّة 256
- ثانياً : الشّيك 261
أ - إصدار الشّيك 263
ب - تجاريّة الشّيك 269

- المبحث الثاني : تجاريّة باقي السندات القابلة للتداول 273
- الفقرة 1 : الأوراق الماليّة (القِيَم المنقولة) 273
- أولاً : أنواع الأوراق الماليّة 274
أ - أوراق المساهمة في رأس المال 275
ب - سندات الدّين 279
- ثانياً : الصبغة التجاريّة للأوراق الماليّة 285
أ - الورقة الماليّة والورقة التجاريّة 285
ب - الورقة الماليّة كسند تجاري 287
- الفقرة 2 : باقي الصكوك المُتعامل بها في الميدان التّجاري 289

- أولاً : الصكوك البنكيّة 289
أ - سندات إئتمان أو ضمان 289
ب - سندات دفع أو سحب 292
- ثانياً : الصكوك غير البنكيّة 295
أ - صكوك خاصّة بالنقل والاتصالات 295
ب - صكوك خاصّة بالتّأمين والإيداع 300

- الفصل الثاني : تجاريّة الصفقات 305

- المبحث الأول : صفقات الشّخص الطبيعي 306
- الفقرة 1 : مُقوّمات التجاريّة لصفقات الأفراد 307
- أولاً : اعتياد العمليات التجاريّة 307
أ - الاعتياد 307
ب - العمليات المعتادة 310
- ثانياً : قصد الرّبح 311
أ - قصد الرّبح عنصر نفسي 312
ب - تحرّي قصد الرّبح 312
- الفقرة 2 - انطباق القانون التّجاري على اعتياد التّجارة 313
- أولاً : معتاد التّجارة وصفة التاجر 314
أ - المُضارب المُعتاد تاجر 314
ب - المُضارب المُعتاد تاجر واقعي 315
- ثانياً : إخضاع مُعتاد التجارة للقانون التّجاري 317
أ - حالات تعدّد الأنشطة 318
ب - حالات تصعب فيها التفرقة بين الاعتياد والاحتراف ... 324

- المبحث الثاني : صفقات الشّخص المعنوي 333
- الفقرة 1 : صفقات الشركة الفعليّة 333
- أولاً : مفهوم الشركة الفعليّة 333
أ - نشوء الشركة الفعليّة 333
ب - الشخصيّة المعنويّة للشركة الفعليّة 337
- ثانياً : تجاريّة صفقات الشركة الفعليّة 339

أ - الشركة الفعليّة وصفة التاجر 339
ب - تطبيق أحكام القانون التّجاري على الشركات الفعليّة . 341
- الفقرة 2 : صفقات باقي الأشخاص المعنويّة 344
- أولاً : صفقات الجمعيّات 344
أ - تمييز الجمعيّة عن الشركة 344
ب - تجاريّة صفقات الجمعيّة 345
- ثانياً : عمليّات المجامع المهنيّة المشتركة 347
أ - مفهوم المجامع المهنيّة المشتركة 347
ب - تجاريّة أعمال المجامع المهنيّة المشتركة 349

- الباب الثاني : الأعمال التجاريّة بالتبعيّة 351

- الفصل الأول : التبعيّة الشخصيّة 353

- المبحث الأول : نظريّة التجاريّة بالتبعيّة 354
- الفقرة 1 : تكريس نظريّة التجاريّة بالتبعيّة 354
- أولاً : عرض النظريّة 354
أ - مفهوم التجاريّة بالتبعيّة الشخصيّة 354
ب - قرينة التجاريّة بالتبعيّة 355
- ثانياً : أساس النظريّة 356
أ - أساس منطقي 356
ب - أساس قانوني 357
- الفقرة 2 : شروط التجاريّة بالتبعيّة الشخصيّة 362
- أولاً : توفّر صفة التاجر 362
أ - التّاجر القانوني 362
ب - التّاجر الواقعي 365
- ثانياً : تعلّق العمل بالنّشاط التّجاري 369
أ - استبعاد الأعمال المتعلّقة بالحياة الخاصّة للتّاجر 370
ب - تحوّل العمل المدني إلى عمل تجاريّ تبعي 371

- المبحث الثاني - ميدان تطبيق النظريّة 372
- الفقرة 1 - العلاقات التعاقديّة 372
- أولاً : ماهيّة العقود التجاريّة بالتبعيّة 372
أ - مفهوم العقد التّجاري بالتبعيّة 375
ب - خصوصيّة العقد التّجاري بالتبعيّة 377
- ثانياً : أصناف العقود التجاريّة بالتبعيّة 381
أ - العقود البنكيّة 382
ب - العقود غير البنكيّة 392
- الفقرة 2 : العلاقات غير التعاقديّة 403
- أولاً : التعهّدات القانونيّة الاحاديّة 403
أ - الوعد بجائزة 404
ب - الإيجاب المقيّد بأجل 404
- ثانياً : الأفعال القانونيّة 405
أ - الأفعال النّافعة (شبه العقد) 405
ب - الأفعال الضارّة (الجنحة وشبهها) 409

- الفصل الثاني : التبعيّة الموضوعيّة 419

- المبحث الاول : التبعيّة الموضوعيّة في الرّهن 420
- الفقرة 1 : الصّبغة التجاريّة لعقد الرّهن 420
- أولاً : عقد الرّهن 420
أ - ماهيّة عقد الرّهن 420
ب - خصائص عقد الرّهن 421
- ثانياً : تجاريّة عقد الرهن 422
أ - تجاريّة بالتبعيّة 422
ب - تبعيّة موضوعيّة 423
- الفقرة 2 : أشكال الرّهن التّجاري 425
- أولاً : الرّهون العاديّة 426
أ - الرّهن العقاري 426
ب - رهن المنقول 430
- ثانياً : الرّهون الخاصّة 432
أ - رهن الأصل التّجاري 432

ب – رهن السندات القابلة للتّداول 434

- المبحث الثاني : التبعيّة الموضوعيّة في السندات التجاريّة 437
- الفقرة 1 – العمليّات المتعلّقة بالأوراق التجاريّة 438
– أولاً : قبول الورقة التجاريّة 438
أ – ماهيّة القبول 438
ب – تطبيق نظريّة التجاريّة بالتبعيّة على القبول 442
– ثانياً : تظهير الورقة التجاريّة 444
أ – أنواع التظهير 445
ب – تجاريّة التظهير 448
- الفقرة 2 – العمليّات اللاحقة بالأوراق التجاريّة 451
– أولاً : ماهيّة العمليّات اللاحقة بالورقة التجاريّة 451
أ – الكفالة (الضمان الاحتياطي) 451
ب – الخصم 454
– ثانياً : تجاريّة العمليّات اللاحقة بالورقة التجاريّة 456
أ – تجاريّة بالتبعيّة 457
ب – تبعيّة موضوعيّة 458

- خلاصة الجزء الثاني 460

- خاتمة عامّة 464
- قائمة المراجع والمصادر 479
- الفهرس 513